L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé

Konstantinos Rokas

▶ **To cite this version:**

Konstantinos Rokas. L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2016. Français. NNT : 2016PA01D051 . tel-01677943

HAL Id: tel-01677943
https://theses.hal.science/tel-01677943

Submitted on 8 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université PANTHÉON-SORBONNE (Paris 1)

L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ
(Arrêté du 25 mai 2016)

Présentée et soutenue publiquement le 29 novembre 2016 par

Konstantinos A. ROKAS

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Monsieur Étienne PATAUT, *Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)*

MEMBRES DU JURY

Monsieur Sylvain BOLLÉE, *Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)*

Monsieur Hugues FULCHIRON, *Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)*

Madame Petra HAMMJE, *Professeur à l'Université de Nantes*

Monsieur Nikolaos KOUMOUTZIS, *Professeur à l'Université de Nicosie*

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Chaque travail de recherche commence par la visite de la bibliothèque et malgré l'évolution des technologies humaines en matière de recherche sur les réseaux le facteur humain reste incontournable. À ce titre, je tiens à remercier en particulier le personnel des bibliothèques qui a facilité mes recherches et plus précisément Evelina Niavi, responsable du centre de droit international privé de la faculté de droit d'Athènes, Sadri Saieb, Christiane Serkis et Caroline Christiansen de l'Institut Suisse de Droit Comparé, Laurence Tacquard, du Centre de recherche de droit international privé et du commerce international (salle 102), Elke Halsen-Raffel du Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, et Dimitrios Efstathopoulos de la bibliothèque centrale de l'Université d'Athènes.

Je souhaite aussi remercier les professeurs de droit qui m'ont accompagné pendant mes études et les professeurs avec qui j'ai eu l'opportunité de discuter des nombreuses fois sur les problématiques du droit international privé et du droit de la famille. Il s'agit des professeurs Spyridon Vrellis, Charalambos Pamboukis, Chrysapho Tsouca, Kurt Siehr, Jürgen Basedow, Andrea Bonomi, Gian Paolo Romano, Laurence Usunier, Didier Boden, Anne-Marie Léroyer, Eva Lein, Patricia Orejudo Prieto, Paul Beaumont, Katarina Trimmings.

Je dois spécialement exprimer ma gratitude au professeur de la faculté de droit d'Athènes Athanasios Papachristou, qui n'est plus parmi nous, et qui m'a initié au droit de la famille et aux questions de la bioéthique.

Je tiens à témoigner ma gratitude aux membres du jury de soutenance, Professeurs Hugues Fulchiron, Petra Hammje, Sylvain Bollée et Nikos Koumoutzis d'avoir accepté de relire et d'évaluer mon travail et en particulier à mon directeur M. Étienne Pataut pour son soutien sans faille.

Je remercie aussi chaleureusement les collègues qui m'ont aidé à ma recherche effectuée sur les législations nationales en matière d'assistance médicale à la procréation. Plus précisément je remercie Natalie Gamble, Katia Neofytou, Michael Wells-Greco pour leur aide au sujet du cadre juridique anglais, Steven Snyder et Richard Vaughn pour leur aide au sujet du cadre juridique des États-Unis, Sofiya Kernychna pour son aide au sujet du cadre juridique ukrainien, Keti Kobakhidze pour son aide au sujet du cadre juridique géorgien, Hari Rabrasumanian pour son aide au sujet du cadre juridique indien, Maria Asuncion Cebrat Salvat pour son aide au sujet du cadre juridique espagnol, Jinske Verhellen et Jehanne Sosson pour leur aide au sujet du cadre juridique belge, Stéphanie Feinberg pour son aide au sujet du cadre juridique suisse, Susanne Gössl pour son aide au sujet du cadre juridique allemand, Takis Vidalis, Roxani Fragou, Pantelis Ravdas, Archodiki Chlomou, Vassiliki Koumpli et Stamatia Pagkoutsou pour leur aide au sujet du cadre juridique grec.

Je dois remercier les nombreux collègues et amis de différents pays qui m'ont aidé tout au long de de ce parcours et plus spécialement Emilia Markaki, Toni Marzal Yetano, Elif Ulusu, Ian Curry-Sumner, Azadi Öztürk, Maria Bliati, Georges Panopoulos, Kees Saarloos, Isabelle Veillard, Daniel Tamayo-Rojas, Maud Minois, Anastasia Sotiropoulou, Ioannis Ioannidis, Charlotte Guillard, Samuel Fulli-Lemaire, Auriane Audolant, Malou Nada, Christina Vatsella, Antoine Fachard, Yiota Nassr, Henri Albessard, Evrydiki Kravariti, Yiorgos Evangelopoulos, Angelos Souriadakis et Fabienne Fieux et leurs enfants Yiannis, Alexis et Stefanos, Ioannis Danopoulos, Francesco Lopes, Miguel Da Kunha, Antony Dabila, Athanasios Mantas et Ioannis Thomadakis.

Il faut que j'exprime aussi ma gratitude à mes amis Christophe Tse, Olivier Dacla, Théodore Efthymiou, Étienne Farnoux, Eloïse Glucksmann, Luana Piciarca, Noela Picari, Eugenia Balamoti, Amalia Mitselou, Ioannis Prezas, pour leur aide à la dernière ligne droite avant le dépôt de ma thèse, l'aide avec la relecture de ma thèse et dont le soutien a été infaillible.

Je tiens à remercier mes parents pour leur soutien permanent et je veux dévouer ce travail à mon frère et à M. Athanassios Samartzis.

Enfin, il faut noter que cette recherche a bénéficié d'un financement par le ministère de l'éducation et de l'enseignement supérieur français et des bourses de recherche attribuées par l'Institut Suisse de droit comparé et le Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht d'Hambourg.

Principales Abréviations

Act.	Actualité
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJ fam	Actualité juridique famille
Am. J. Comp. Law	American Journal of Comparative Law
Aréopage	Cour suprême grecque
Arm	Armenopoulos [Αρμενόπουλος], révue généraliste grecque
C.F.L.Q.	Child and Family Law Quarterly
Chr.	Chronique
C.civ.	Code civil
ChrID	Chroniques de droit privé [Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου], revue généraliste grecque
D	Dalloz
Dike	Revue généraliste grecque [Δίκη]
Duke J. Comp. Int'l L	Duke journal of comparative and international law
EWHC	High Court of England and Wales
Fam. Law	Family Law, revue anglaise de droit de la famille
Fam. L.Q.,	Family Law Quarterly, revue de droit de la famille de l'*American Bar Association*
G.A.	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IFL	International Family Law
J.D.I.	Journal du droit international (Clunet)
J.I.B.L.	Journal of International Biotechnology Law

Jur.	Jurisprudence
Kansai Univ. Rev. L. & Pol	Kansai University Review of Law and Politics
La. L. R.	Louisiana Law Review
L.F.D.I.P.	Loi fédérale suisse sur le droit international privé
NoV	Nomiko Vima, revue généraliste grecque
RabelsZ	Rabels Zeitschrift, revue allemande
R. du B. can.	Revue du Barreau Canadien
RDA	Revue de droit d'Assas
RDF	Recueil de droit de la famille, revue juridique canadienne
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. jur. com	Revue de jurisprudence commerciale
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RHDI	Revue Hellénique de droit international
RTDciv	Revue trimestrielle de droit civil
Tr. com. fr. DIP	Travaux du Comité français de droit international privé
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
Trad.	Traduction
Wis. J. L. Gender & Soc'y	Wisconsin Journal of Law, Gender & Society
WLR	Weekly Law Reports
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

SOMMAIRE

Introduction..... …….....9
Première partie : Création des filiations issues d'une assistance médicale à la procréation.....36

Titre I Conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation.....37
Chapitre 1 : Réglementation substantielle du lien de filiation issu d'une assistance médicale à la procréation……39
Chapitre 2 : Prépondérance de la réglementation substantielle dans les tentatives de coordination……105

Titre II Rôle du droit international privé au stade de l'accès…….....162
Chapitre 3 : Adaptabilité des méthodes du droit international privé en matière d'assistance médicale à la procréation……...164
Chapitre 4 : La reconsidération des mécanismes du droit international privé en matière d'assistance médicale à la procréation……...234

Deuxième partie : Circulation des filiations issues d'une assistance médicale à la procréation.....300
Titre I. La circulation du lien de filiation 301
Chapitre 5 : Systèmes de circulation de liens de filiation et obstacles à la circulation….303
Chapitre 6 : Droit européen et méthode : catalyseurs de la circulation d'une filiation…396

Titre II. La circulation des effets de la filiation.....481

Chapitre 7 : Les effets personnels de la filiation……....485
Chapitre 8 : Les effets patrimoniaux de la filiation……....533
Conclusion générale 576
Bibliographie 580

Table des décisions.....611
ANNEXE Actes de naissance des jumeaux nés à la suite d'une gestation pour autrui en Californie désignant comme parents deux personnes de même sexe…….623

Table des matières 626

INTRODUCTION

I. Remarques introductives

L'assistance médicale à la procréation bouleverse les données de la procréation humaine. La technologie affecte le nombre des personnes pouvant participer à un projet parental, le moment auquel un projet peut être réalisé et, la structure des relations qui en résultent. Le changement du nombre des personnes potentiellement impliquées dans un processus d'assistance à la procréation est sans doute le plus radical. Traditionnellement, et en dehors du cas particulier de l'adoption, un projet parental impliquait une relation personnelle entre deux individus de sexe différent. L'avènement de nouvelles techniques a permis à un nombre croissant de femmes célibataires de procéder à une insémination avec donneur. La gestation pour autrui, à l'inverse rend envisageable la participation au projet parental de plus de deux personnes – potentiellement jusqu'à sept. En ce qui concerne la date à laquelle un projet parental est initié, les personnes peuvent –en dépit des aléas liés à l'utilisation de techniques médicales complexes– repousser leur projet parental à une date ultérieure à celle de leur union, les techniques de conservation du matériel génétique rendant même possible son utilisation après le décès d'un des géniteurs. La procréation peut également être divisée en une série d'étapes différentes : extraction du matériel génétique, fécondation *in vitro*, implantation de l'embryon, rendant ainsi possible l'accomplissement de chacune de ces étapes distinctes sur le territoire de pays différents. En parallèle, une évolution des structures familiales est observable. Ainsi, dans un nombre croissant de pays, des couples de même sexe peuvent avoir accès à des techniques d'assistance médicale à la procréation et bénéficier d'une création *ex lege* d'un double lien de filiation monosexué. Enfin, le sens même de la procréation change en raison de la participation de personnes tierces au projet parental. Des relations sont susceptibles de se nouer du fait de la participation d'un donneur, connu ou inconnu ou encore d'une mère porteuse. De même, de nouvelles questions d'identité se font jour.

Bien qu'elles connaissent aujourd'hui un essor inédit, du fait des immenses progrès des techniques médicales d'assistance à la procréation depuis un demi-siècle, les démarches d'assistance à la procréation et de lutte contre l'infertilité ont leur précédent

dans l'histoire. On en trouvait déjà des traces, dans l'Odyssée d'Homère[1] et dans l'ancien Testament [2] . L'assistance médicale à la procréation ne constitue donc que le prolongement des démarches que les hommes ont accomplies de tout temps dans l'objectif d'obtenir une descendance par l'intervention de la technique. La technologie a apporté ses premiers résultats en 1978 avec la naissance du premier bébé issu d'une fécondation *in vitro*, Louise Brown. Cette naissance a nourri les espoirs des couples infertiles. Depuis lors, des développements spectaculaires ont eu lieu et l'évolution des procédés d'assistance médicale à la procréation est incessante.

Ces développements soulèvent de multiples questions dans les domaines du droit les plus divers. Le droit des personnes et le droit de la famille, le droit des successions, le droit des biens dans un sens large [3] , le droit pénal, le droit administratif, le droit constitutionnel et la philosophie du droit sont affectés[4]. Plus précisément, dès qu'un processus d'assistance médicale à la procréation est entamé, des rapports de droit privé se nouent entre le médecin traitant et les patients, comme entre les patients (bénéficiaires de l'assistance) et les donneurs. Ces rapports sont susceptibles de relever du droit des obligations [5] aussi bien que droits de la personnalité, notamment lorsque l'accès aux origines est en cause. L'aboutissement du processus fait aussi et avant tout surgir des questions de droit de la famille, au sens large, incluant les effets patrimoniaux des liens de famille comme la question de l'obligation alimentaire ou celle du droit à la succession. De plus, l'assistance à la procréation influence directement et indirectement la construction et la conception même des liens de filiation et par conséquent, de l'institution de la famille. En parallèle, les dispositions relatives à l'organisation de l'assistance médicale à la procréation et aux conditions d'accès à cette assistance relèvent du droit de la santé, bien que cette assistance médicale ne vise pas, au sens strict, la lutte contre une maladie. La mise en œuvre d'un procédé d'assistance à la procréation implique alors la participation

---

[1] *L'Odyssée « poésie homérique»*, tome I : chants I-VII, texte établi et traduit par BÉRARD Victor, Société d'édition « Les belles lettres », Paris, 1924, Chant IV, vers 10-14 : «*Pour son fils, Ménélas avait choisi à Sparte la fille d'Alector. Il aimait de tout cœur, quoique né d'une esclave, ce fort Mégapenthès ; car, d'Hélène, les dieux lui avaient refusé toute autre descendance après qu'elle avait eu d'abord cette Hermione, aussi belle et charmante que l'Aphrodite d'or* ».

[2] (Genèse 16) Agar, la servante de Sarah, donna un enfant à Abraham, Ismaël.

[3] On entend par là les questions du statut du matériel reproductif ainsi que celui de l'embryon. Si on considère que la définition de ces statuts relève du droit privé quelles seraient les règles de conflit adaptées pour résoudre les questions afférentes. Serait-il envisageable de considérer que les règles régissant ces questions sont des lois de police, de sorte qu'il serait déplacé de préconiser l'utilisation de la méthode conflictuelle ? Pourrions-nous considérer que les législations régissant ces questions sont d'application territoriale ? Dans le cas d'une réponse affirmative, quels seraient les critères pour identifier ces matières rebelles à la méthode conflictuelle ?

[4] TSARAPATSANIS Dimitris, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010.

[5] TA Amiens, 9 mars 2004 *D.* 2004, pp. 1051-1055, note LABBÉE Xavier.

du corps des médecins, dont l'organisation relève du droit de la santé, et soulève en même temps la question du statut du matériel génétique humain ainsi que de l'embryon[6].

La présente étude porte sur les normes juridiques du droit privé. Toutefois, l'impact des dispositions du droit public sur la construction des liens de filiation créés à la suite d'une assistance médicale à la procréation ne saurait être négligé. La distinction entre droit public et droit privé ne doit d'ailleurs pas conduire à exclure de l'étude des dispositions qui sont indispensables à la compréhension et à la résolution des problèmes examinés. Ainsi, l'étude des aspects de la réglementation de l'assistance médicale à la procréation relevant du droit public est indispensable afin d'apprécier la mise en œuvre du mécanisme de l'ordre public qui a été au centre du contentieux qui s'est développé autour de l'assistance médicale à la procréation ces dernières années.

Un premier aperçu des législations relatives à l'assistance médicale à la procréation et aux liens de filiation qui en résultent révèle une divergence importante des solutions. En parallèle, on observe qu'en Europe notamment, la démographie se détériore[7]. Cette divergence des législations combinée avec le problème démographique actuel explique en grande partie le phénomène des déplacements transfrontaliers de particuliers à la recherche des services d'assistance à la procréation dans l'objectif de construire une vie familiale. Ces mouvements transfrontaliers ont été à l'origine de divers problèmes de droit international privé.

La problématique de droit international privé en matière d'assistance médicale à la procréation a été perçue depuis longtemps en doctrine[8]. Ses dimensions sont multiples, puisque l'assistance médicale à la procréation intéresse aussi bien le droit international de la famille, le droit international des contrats, que les droits international des délits[9]. L'objet de la présente étude se limitera cependant essentiellement aux problèmes de droit

---

[6] Pour un examen de la question aux Etats-Unis v. KATZ D. Kathryn, « The legal status of the ex utero embryo : implications for adoption law », *Cap U. L. Rev.* 2006-2007, pp. 303-340.

[7] V. sur ce problème en particulier « Demography and desire », *The Economist*, 27 août - 2 septembre 2016, pp. 14-16.

[8] APPLETON FRELICH Frelich Susan, « Surrogacy arrangements and Conflicts of Laws», *Wisconsin Law Review* 1990, pp. 399-482 ; McK. NORRIE Keneth, « Reproductive Technology, Transexualism and Homosexuality: New problems for International Private Law», *I.C.L.Q.* 1994, pp. 757-775, spéc. pp. 760-766 ; GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, « Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws : An Initial Approach », *La. L. Rev.*, 60, 1999-2000, pp. 1113-1121; HENRI Caroline, *Médecine créative et globalisation : nouveaux enjeux et nouvelles polémiques pour le droit international privé*, (dir. de thèse Horatia Muir Watt), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, soutenue le 28 novembre 2007 ; BYCHKOV Green Sonia, « Interstate Intercourse : How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law », *Wis. J. L. Gender & Soc'y* 2009, pp. 25-115.

[9] BRUNET Laurence and others, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs, May 2013, spéc. pp. 171-173 consultable sur : <http://www.europarl.europa.eu/ studies> dernière visite le 12.10.2016.

international de la famille que soulève l'assistance médicale à la procréation et ceci pour deux raisons.

Le droit international de la famille a d'abord été traditionnellement le champ privilégié de la découverte ou de l'expérimentation des théories et de méthodes novatrices en droit international privé. Et de fait, les situations familiales créées à la suite d'une assistance médicale à la procréation ont constitué l'une des terres d'élection des débats méthodologiques récents autour de la résurgence de la théorie des droits acquis et du développement de la méthode de la reconnaissance. Pour d'aucuns, les liens de filiation créées d'une assistance médicale à la procréation constituerait effectivement l'une des preuves de l'utilité d'un raisonnement en termes de reconnaissance des situations.

La deuxième raison de centrer notre étude sur les difficultés que soulève l'assistance médicale à la procréation en droit international de la famille réside dans le fait que cette branche du droit international privé est celle dans laquelle les problèmes pratiques les plus épineux sont apparus. Par ailleurs, le droit de la famille devient notamment en périodes de crise une source des conflits dans les sociétés dont la portée ne doit pas être méconnue[10].

Ensuite notre réflexion et notre recherche ont dès lors été guidées par la volonté de déterminer si, et dans quelle mesure, la coordination entre des ordres juridiques adoptant des positions diamétralement opposées est possible. Parce que les questions relatives aux techniques d'assistance médicale à la procréation et aux liens de filiation qui en résultent sont particulièrement controversées, parvenir à une bonne coordination des ordres juridiques en la matière serait certainement riche d'enseignements sur les procédés à utiliser pour parvenir au même objectif dans d'autres branches du droit international privé.

Cette même intention de se pencher sur les possibilités de coordination des systèmes juridiques divergents dans un domaine aussi sensible que celui du droit de la famille impose par ailleurs que l'examen de ces interrogations ne soit pas limité à un seul

[10] Un incident de la vie du grand juriste Hans Kelsen est un bon indicateur des conflits que le droit de la famille peut générer : « *Dès 1929, la Cour constitutionnelle, à laquelle sa personne est liée, est la cible d'attaques virulentes de la part des chrétiens-sociaux ; ceux-ci combattent plus particulièrement les décisions de la Cour constitutionnelle relatives aux dispenses matrimoniales (« Dispensehen »). Sur cette question, Hans Kelsen adopte la position laïque et rejette le principe catholique d'indissolubilité du mariage ; en conséquence il refuse, comme juge constitutionnel, d'invalider par un jugement du tribunal le mariage d'un couple catholique, dont le premier mariage d'un des partenaires aurait été dissous par une autorité administrative…Sous la pression des catholiques, la presse chrétienne sociale se lance, au sujet des dispenses matrimoniales, dans une campagne infamante contre la Cour constitutionnelle. Ayant pris une part considérable dans cette décision, Kelsen devient la cible d'attaques parfois ordurières jusqu'à être accusé de promouvoir la bigamie. Ces événements, associés à la réforme des procédures de nomination des juges, précipitent la cessation des fonctions de Kelsen au sein de la Cour constitutionnelle…* » : BAUME Sandrine, « Kelsen, plaider la démocratie », Éditions Michalon, Paris, 2007, pp. 13-14.

ordre juridique. Aborder les différents problèmes de droit international privé soulevés par l'assistance médicale à la procréation sous le prisme de la méthode comparative apparaît dès lors comme la meilleure approche[11]. L'objectif de notre recherche consistant à identifier la marge d'une éventuelle coordination entre des ordres juridiques adoptant des points de vue radicalement différents sur un même type de situations, notre choix s'est porté sur deux ordres juridiques, la France et la Grèce, dont les solutions en matière d'assistance médicale à la procréation se différencient sensiblement. Ce même objectif incite à choisir deux ordres juridiques qui, à l'instar de la France et de la Grèce, ne peuvent être qualifiés ni comme strictement libéraux, ni comme totalement prohibitifs à l'égard des techniques d'assistance médicale à la procréation. En effet, la législation de ces deux pays se révèle, en fonction de la technique d'assistance à la procréation considérée, tantôt permissive, tantôt restrictive. Chacun de ces ordres juridiques peut donc être confronté à la fois à la question des conditions d'ouverture de sa législation à des ressortissants étrangers ou à des personnes ayant des liens étroits avec un ordre juridique étranger et à la question de la reconnaissance de liens de filiation valablement établis au sein d'un ordre juridique étranger. Le choix de ces deux ordres juridiques permettra ainsi, nous l'espérons, de mettre en lumière les considérations qui dictent les solutions, tant sur le plan matériel que sur le plan du droit international privé, pour identifier la marge d'une coordination possible. En faisant notre choix sur la base de ces critères, nous avons pensé qu'il serait plus aisé, d'un côté, de mettre en lumière les considérations qui dictent les solutions tant sur le plan matériel que sur le plan du droit international privé pour identifier la marge d'une coordination possible. Le choix de ces deux pays s'explique de surcroît par leur appartenance à la même famille de droit, celle de la tradition romano-germanique. Le choix de ces États, tous deux membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, apparaît enfin pertinent dans le cadre d'une recherche visant en particulier à la coexistence des systèmes à l'intérieur d'un espace commun.

L'étude des solutions de droit international privé française et grecque devra cependant être enrichie ponctuellement par les solutions retenues dans d'autres ordres juridiques européens. En élargissant de la sorte le domaine de cette recherche, nous

[11] Pour l'apport du droit comparé en droit international privé v. BATIFFOL Henri, « Les apports du droit comparé au droit international privé », Livre du Centenaire de la Société de législation comparée, 1969, p. 131-142 ; LOUSSOUARN Yvon, « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », *Rev. crit. DIP* 1979, pp. 307-347 ; ANCEL Bertrand, *Droit international privé comparé*, Paris, coll. Cours de Master 2 de l'Université Panthéon-Assas, 2007, pp. 2-3 ; REIMANN Mathias, « Comparative law and private international law », in REIMANN Mathias, ZIMMERMANN Reinhard (sous la dir. de), *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 1364-1396, spéc. pp. 1366-1388 ; MICHAELS Ralf, « Comparative law and private international law », in Jürgen BASEDOW (sous la dir. de), *Encyclopedia of private international law*, Edward Elgar Publishing, (à paraître).

espérons parvenir à une évaluation plus exacte des possibilités d'une coordination entre des ordres juridiques différents.

Avant de présenter plus en détail les idées et l'orientation autour de laquelle cette étude est construite, il convient de procéder à certaines précisions terminologiques.

II. Précisions terminologiques

Précisons d'emblée que par la phrase *assistance médicale à la procréation,* on entend l'ensemble des pratiques et techniques médicales visant à la réalisation d'un projet de procréation. Le terme inclut donc non seulement les techniques de fertilisation *in vitro,* l'implantation d'embryon, la fécondation *post mortem*, mais aussi la gestation pour autrui[12]. Rappelons que cette dernière procédure peut impliquer l'utilisation du matériel génétique de la gestatrice ou non. Les termes « *mère porteuse* » et « *gestatrice* » sont utilisés comme des termes équivalents, en dépit de la signification juridique à laquelle le mot mère peut renvoyer. Son utilisation dans ce contexte n'implique pas nécessaire des conséquences sur le plan de la filiation. En parallèle, on parle de « *père d'intention* » car indépendamment du lien génétique qu'un homme peut avoir avec un enfant né d'une gestation pour autrui l'élément intentionnel joue un rôle crucial dans les ordres juridiques autorisant ce processus. Le choix de ce vocable résulte aussi du fait que, dans ces ordres juridiques, lorsqu'une gestation pour autrui ne remplit pas les conditions juridiques pour qu'elle soit autorisée, le seul lien génétique de l'homme n'est pas suffisant pour qu'il soit reconnu comme père si par exemple la mère porteuse est mariée. Ensuite, les termes « *homologue* » et « *hétérologue* » ont été préférés aux termes « *endogène* » et « *exogène* » pour signaler respectivement des projets parentaux impliquant l'utilisation du matériel génétique du couple et des projets impliquant l'utilisation du matériel génétique d'un donneur ou d'une donneuse. Ce choix a été fait parce que les deux premiers termes sont plus couramment utilisés en doctrine internationale. Enfin, précisons qu'on a eu recours au terme « *coparenté* », explicitement choisi par le législateur belge, dans le but de qualifier la création d'un double lien de filiation en faveur d'un couple de femmes.

Ayant ainsi clarifié le sens de certains termes cruciaux dans notre étude, il reste maintenant à en examiner les objectifs et les problématiques principales

[12] En ce sens v. PARIZER-KRIEF Karène, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation, France, Allemagne et Grande Bretagne,* préf. Marie-Angèle HERMITTE, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016.

III. Objectifs de l'étude et les éclairages de la problématique

L'objectif de cette thèse, animée par l'intention de construire une meilleure coordination entre des ordres juridiques en matière d'assistance médicale à la procréation est double. Nous souhaitons, dans un premier temps, présenter de manière intelligible, d'une part, les règles essentielles relatives à l'accès à une assistance médicale à la procréation impliquant un déplacement transfrontalier et, d'autre part, les règles relatives à la création et à la reconnaissance des liens de filiation qui en résultent. Dans un second temps, notre démarche consiste à tenter d'apporter un éclairage sur les problèmes méthodologiques auxquels l'assistance médicale à la procréation confronte le droit international privé à partir de l'examen des problèmes pratiques liés à la mise en œuvre de ces techniques.

L'orientation tant pratique que théorique de cette étude rend indispensable l'examen des problèmes juridiques qui se présentent, dans un premier temps, au moment de l'accès à une technique de l'assistance médicale à la procréation et de la création d'un lien de la filiation, avant d'aborder, dans un second temps, les difficultés liées à la circulation dudit lien de filiation. La première étape du projet annoncé impose donc de commencer par l'étude du droit matériel de l'assistance médicale à la procréation. L'étude du droit substantiel, comme on l'a démontré depuis longtemps en doctrine[13] a une importance considérable pour la construction des solutions du droit international privé. Il suffit dans ce contexte de rappeler son importance pour l'identification du champ d'une unification éventuelle des solutions substantielles, susceptible de diminuer les conflits de lois. Mais l'étude de la réglementation substantielle de l'assistance médicale à la procréation s'impose aussi parce que la compréhension des institutions étrangères est indispensable pour l'évaluation et la mise en œuvre du mécanisme de l'ordre public[14].

1. Avènement des nouveaux modèles de filiation et divergence des législations

L'analyse de droit substantiel comparé permet, on le verra, de prendre conscience du fait que l'avènement des nouvelles technologies d'assistance médicale à la procréation était suivi par la création de nouvelles formes de filiations. Les législations californienne, britannique, israélienne et grecque autorisant la gestation pour autrui indiquent que la conception juridique traditionnelle du lien de filiation maternelle reposant sur la maxime *mater semper certa est*, est insuffisante à décrire la réalité juridique. En parallèle, les

[13] V. note 11.
[14] REINMANN Mathias, *id.*, pp. 1383-1384.

techniques disponibles ont considérablement facilité l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux particuliers indépendamment de leur orientation sexuelle. D'où la multiplication des familles fondées *de facto* par des couples de même sexe. Le phénomène, initialement observable à propos des seuls couples de femmes, s'est ensuite étendu aux couples d'hommes grâce à l'apport d'une gestatrice. Cette nouvelle réalité a conduit certains ordres juridiques à autoriser l'établissement d'un double lien de filiation monosexué. En Belgique, en Angleterre, en Suède, au Québec, ou encore aux Pays-Bas le législateur a prévu, sur le modèle des filiations traditionnelles, la création de plein droit d'un lien de filiation en faveur de deux femmes immédiatement après la naissance de l'enfant conçu par procréation médicalement assistée. La création de ces liens de filiation inédits nécessite assez souvent l'intervention d'une autorité publique ou d'une juridiction.

Par ailleurs, la possibilité de cryoconservation du matériel génétique a étendu les limites temporelles du recours à l'assistance à la procréation en la rendant possible même après le décès du géniteur, voire de la génitrice. L'assistance à la procréation effectuée *post mortem* permet ainsi la réalisation d'un projet parental qui aurait pu se former avant le décès d'un des deux membres d'un couple. Ce processus, relativement marginal dans la pratique internationale, provoque néanmoins de nouvelles difficultés, liées notamment à l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et la personne décédée dont il est issu. Ce lien est admis dans certains pays, comme la Grèce et le Royaume-Uni, et refusé par d'autres pays qui autorisent pourtant l'assistance médicale à la procréation *post mortem*, telle la Belgique. Des différences subsistent également en ce qui concerne les effets successoraux du lien de filiation. Ainsi, en Grèce les effets successoraux sont admis explicitement, ce qui n'est pas le cas en Belgique et dans une moindre mesure au Royaume-Uni.

Des divergences entre les ordres juridiques se manifestent aussi concernant la réglementation de l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée les moins controversées, comme le simple recours d'un couple de sexe différent à une fécondation *in vitro*. Ces différences peuvent faire naître des problèmes de droit international privé. La raison de ces problèmes tient à ce que ces conditions d'accès, en dépit de leur caractère technique, peuvent avoir des répercussions sur la filiation. Une telle différence s'observe ainsi à propos des conditions relatives au consentement à une assistance à la procréation et à son éventuelle révocation. La divergence des législations est moins prononcée sur le plan des effets des liens de filiation tissés à la suite d'une assistance médicale à la procréation en ce sens que les effets des nouveaux liens de filiation se calquent en

principe sur ceux des enfants nés au sein d'un couple hétérosexuel et en l'absence de toute assistance. En revanche, des divergences importantes se dessinent s'agissant de la création des liens de filiation qui dépassent le modèle de la famille à deux parents. La divergence dans ce cas, résulte de l'attribution par certaines législations des droits normalement accordés aux parents aux donneurs de matériel génétique. Le phénomène reste néanmoins marginal dans la pratique internationale.

Ceci dit, le panorama des nouvelles règles en matière d'assistance médicale à la procréation et de droit de la filiation est caractéristique de la diversité des conceptions qu'en retiennent des États entretenant pourtant des liens étroits. L'extrême diversité des solutions observable au sein même de l'Union européenne explique en partie la survenance et l'acuité des problèmes de droit international privé. L'avènement de tels problèmes est révélateur des écueils auxquels se heurte la construction du droit international privé de l'Union européenne.

2. La prise en considération exceptionnelle de l'extranéité dans les règles en matière d'assistance médicale à la procréation

Malgré ces constatations il a été révélé qu'à une exception près, l'internationalité potentielle des situations d'assistance médicale à la procréation et le rôle du droit international privé n'ont été considérés que de manière sommaire par les législateurs ouvrant la voie aux nouvelles techniques et formes de filiation. La manifestation principale de la prise en considération par les législateurs nationaux du caractère international des relations examinées réside dans une série de dispositions délimitant le champ d'application *rationae loci* des règles relatives à l'assistance médicale à la procréation. Ces dispositions, dont la raison d'être et la nature ne peuvent pas être exclusivement analysées en termes de droit international privé, exercent néanmoins une influence certaine sur le sort des situations d'assistance médicale à la procréation affectées d'éléments d'extranéité.

Le législateur national a choisi dans certains pays de faire dépendre, par le biais desdites dispositions, l'accès à la gestation pour autrui ainsi que l'accès des couples de même sexe à l'assistance à la procréation d'une condition spatiale. Le critère choisi a été tantôt le *domicile*, au sens retenu dans les pays du *common law*, tantôt le domicile au sens retenu dans les pays de tradition civiliste, tantôt encore la résidence habituelle. La raison d'être des dispositions de ce type a souvent été la volonté de contenir l'ampleur du soit

disant « tourisme procréatif ». Derrière ce terme dont la connotation est nettement péjorative, un besoin réel existe, sinon de limiter l'accès transfrontalier aux techniques locales d'assistance à la procréation, du moins d'attirer l'attention des intéressés sur les difficultés juridiques susceptibles de surgir d'un accès transfrontalier à une telle technique, afin de les inciter à prendre sérieusement en considération ces difficultés. En attestent, entre autres, les abandons par des parents d'intention d'enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui et, plus fréquemment, les nombreuses hypothèses de filiations boiteuses. Face à ces difficultés, la raison d'être des dispositions de délimitation *ratione loci* des possibilités d'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation se perçoit aisément. Ces dispositions ne sauraient néanmoins être comprises strictement sous le prisme du droit international privé.

Bien que les dispositions subordonnant l'accès à l'assistance médicale à la procréation à un critère spatial soient fortement évocatrices de la méthodologie statutiste, elles n'en échappent pas moins à une telle classification pour deux raisons. La première réside dans l'observation que le fait que la condition spatiale ne soit pas remplie, n'exclut pas l'application du droit du pays l'ayant édictée. Ainsi, en droit anglais, dans les affaires où la personne revendiquant le *parental order* n'était pas domiciliée en Angleterre, les dispositions anglaises sur l'assistance médicale à la procréation ont été écartées mais la solution définitive n'en a pas moins été puisée dans le droit anglais. En ce qui concerne les pays de tradition civiliste le démenti de la classification statutiste résulte de la coexistence desdites dispositions avec le système des règles de conflit en matière de filiation. Indépendamment de la classification desdites dispositions, l'on constate, par ailleurs que les ordres juridiques ouvrant l'accès à la gestation pour autrui et à la procréation médicalement assistée appliquent systématiquement leur propre droit aussi bien aux conditions d'accès qu'au problème de la filiation. Les dispositions ci-évoquées servent néanmoins indirectement un des objectifs du droit international privé, à savoir celui d'éviter la création de situations boiteuses. C'est probablement la raison pour laquelle des pays ayant adopté des règles de ce type, comme l'Angleterre et la Grèce, n'ont pas attiré massivement des personnes en quête d'une gestation pour autrui. La récente abolition de la condition spatiale en droit grec devrait permettre de mesurer l'influence de ces dispositions sur l'accès transfrontalier aux services d'assistance médicale à la procréation.

Indépendamment de la contribution indirecte que ces règles de délimitation du champ spatial de l'accès à l'assistance médicale à la procréation auraient pu apporter à la

poursuite des objectifs traditionnellement assignés au droit international privé, l'on peut s'interroger sur la prudence ainsi affichée par les législateurs ouvrant la voie à des institutions innovantes. Cette prudence a effectivement le mérite d'assurer une forme de coordination entre des ordres juridiques adoptant des positions radicalement différentes, en évitant des confrontations trop frontales entre les points de vue divergents des ordres juridiques. On peut même se demander si, au sein d'une communauté d'États telle que l'Union européenne, une telle autolimitation des États lorsqu'ils légifèrent dans des domaines soulevant des questions sensibles peut être déduite de l'obligation de coopération entre les Etats membres, voire du principe de la reconnaissance mutuelle. Une analogie avec les États-Unis adoptant le principe du *Full faith and credit* nous conduit à réfuter l'opportunité de telles limites. Cela étant, il convient de porter notre attention sur le mécanisme par excellence du droit international privé, à savoir la règle de conflit.

3. Le rôle marginal de la règle de conflit en matière de filiation au moment de l'accès à l'assistance médicale à la procréation

La première question que l'on doit se poser à son égard est celle de la nécessité de consulter la règle de conflit en matière de filiation au moment de l'accès à une technique d'assistance médicale à la procréation. Pour y répondre, il faut tout d'abord relever que la question de l'éventuelle nécessité d'un raisonnement conflictuel se présente différemment en fonction du pays au sein duquel elle se pose. Ainsi, si le point de vue adopté est celui d'un pays prohibitif, la question sera celle de savoir si le ressortissant ou la personne ayant son domicile ou sa résidence habituelle dans le pays ayant édicté la règle de conflit doit la consulter au moment de l'accès à l'étranger à une technique d'assistance à la procréation. Répondre à cette question nécessite alors de se prononcer sur la valeur, la portée et le destinataire de la règle de conflit en matière de filiation. Cela implique, en parallèle, de se prononcer sur la valeur de la règle de conflit en tant que règle de conduite pour les particuliers et sur son aptitude à assurer la prévisibilité du droit applicable dans les relations privées internationales et, partant, la sécurité juridique. Prendre parti sur sa valeur nécessiterait de répondre à la question de savoir si cette obligation de consultation existe même lorsque la règle de conflit n'est pas confectionnée en contemplation du rapport de droit que la personne veut créer à l'étranger.

Pour un ordre juridique permissif, la question de savoir si l'accès à une technique d'assistance médicale à la procréation est conditionné ou doit être conditionnée au jeu de

la règle de conflit en matière filiation suppose, tout d'abord, de déterminer le rôle de la règle de conflit au moment de l'accès à une telle technique. Les termes de la question lorsqu'elle se pose devant un ordre juridique permissif s'obscurcissent d'autant plus que l'accès à une technique d'assistance médicale à la procréation ne conduit pas toujours à la création automatique d'un lien de filiation en faveur des personnes y ayant recours. Le fait que le recours au processus d'assistance à la procréation ne conduise pas nécessairement à la création d'un lien de filiation peut alors conduire l'autorité compétente pour autoriser le recours à une technique d'assistance médicale à la procréation à se considérer comme dispensée de la nécessité de consulter les règles de conflit en matière de filiation. Et en effet les autorités judiciaires du plus grand nombre de pays autorisant la gestation pour autrui n'appliquent pas la règle de conflit en matière de filiation au moment de l'accès. De plus, la majorité de pays permissifs ne conditionnent pas cet accès à l'application d'une règle de conflit ou à une quelconque autre condition spatiale. Ainsi, dans les ordres juridiques permissifs, le rôle des règles de conflit en pratique est limité, voire inexistant au moment de l'accès à l'assistance médicale à la procréation.

La signification de la règle de conflit est d'ailleurs relativisée par le fait que dans la plupart des ordres juridiques européens, elle ne constitue plus une condition de réception des jugements étrangers établissant un lien de filiation. Néanmoins, l'ordre juridique grec et l'ordre juridique français, comme celui de bien des États membres de l'Union européenne réservent dans leurs systèmes de droit international privé une place à des règles de conflit en matière de filiation qui peuvent intervenir dans le cadre d'un contentieux. Dans un contentieux portant sur le lien de filiation la mise en œuvre du système des règles de conflit en matière de filiation reste probable. Par conséquent, la règle de conflit en matière de filiation conserve un rôle chaque fois qu'une question de droit applicable à la question de la filiation surgit à un stade ultérieur à celui de l'accès à la technique et de la naissance de l'enfant. Ainsi, les personnes impliquées dans des situations affectées d'éléments d'extranéité doivent, ne serait-ce que par précaution, consulter les règles de conflit en matière de filiation dont ils considèrent être les destinataires avant de recourir à une assistance médicale à la procréation.

4. Valeur localisatrice et aptitude des règles de confit à réaliser les objectifs du droit international privé

Dans le cadre de ces réflexions relatives au rôle de la règle de conflit en matière de filiation, il est donc nécessaire d'examiner les règles de conflit en vigueur en matière de filiation. L'examen des règles de conflit grecques et françaises, comme d'ailleurs de la majorité des pays européens, révèle que celles-ci n'ont pas été confectionnées en vue des nouvelles techniques d'assistance médicale à la procréation et des nouvelles formes de filiation. Cette observation explique le besoin de s'interroger sur la valeur localisatrice de ces règles de conflit et sur leur aptitude à réaliser les autres objectifs traditionnellement assignés au droit international privé. Ces autres objectifs sont la prévisibilité du droit applicable, la permanence du statut personnel et plus largement des situations juridiques, la proximité entre le droit désigné applicable et le rapport de droit. Néanmoins, l'étude des législations étrangères démontre que l'importance respective de ces objectifs est perçue différemment d'un ordre juridique à l'autre et dépend notamment de la position adoptée par chaque ordre juridique sur le plan du droit substantiel.

Cependant, l'exercice de la localisation revêt une importance égale aussi bien dans la perspective des pays prohibitifs que dans celle des pays permissifs. Le besoin prégnant de tenir compte de la localisation de ces nouvelles relations et des liens qu'elles entretiennent avec une ou plusieurs ordres juridiques se manifeste notamment à travers le rôle qu'ils jouent –au moins dans l'ordre juridique de réception– au moment de la circulation des décisions et des situations personnelles dans l'appréciation de la condition de conformité à l'ordre public international. Sous ce prisme, la nécessité d'une réflexion relative à la localisation de la situation est indépendante de la question de savoir si le recours à la règle de conflit au moment de l'accès à une technique d'assistance médicale à la procréation est ou non nécessaire.

À cet égard, on peut d'abord observer que le nombre de personnes impliquées dans un processus de gestation pour autrui complique nettement les opérations intellectuelles nécessaires à la localisation d'un tel rapport de droit. La multiplication des personnes participantes génère une multiplication des éléments d'extranéité potentiellement pertinents pour la désignation de la loi applicable. Ensuite, dans toutes les hypothèses d'assistance médicale à la procréation au bénéfice d'un couple de même sexe, de procréation artificielle hétérologue ou de procréation *post mortem*, l'élément intentionnel joue un rôle déterminant dans la création du lien de filiation qui est susceptible d'influencer le processus de détermination de la loi applicable. Dans la

plupart des cas, l'intention des intéressés coïncide en effet avec le point de vue de l'ordre juridique où le processus d'assistance médicale à la procréation est effectué, qui n'autorise par hypothèse le recours à l'assistance médicale à la procréation que s'il est prêt à reconnaître le lien de filiation qui en résulte. Un lien de rattachement unit alors nettement cet ordre juridique à la situation à la création de laquelle il contribue. Enfin, pour tous les cas d'assistance médicale à la procréation, une donnée fondamentale est la localisation de la naissance d'un enfant, dont le lien de filiation avec les parents d'intention sera dans la majorité des situations reconnue par un ordre juridique donné. Le facteur viendra dans la plupart des cas renforcer le rattachement à l'ordre juridique ayant autorisé le recours à une technique d'assistance médicale à la procréation.

Au vu de ces considérations, l'examen des règles de conflit françaises et grecques démontre que des éléments permettant une meilleure localisation de la situation manquent dans la structure des règles de conflit actuelles en matière de filiation. En conséquence, au regard du critère de la proximité, les règles de conflit grecques et françaises conduisent à des localisations et plus généralement à des désignations des lois qui *a priori* peuvent ne pas avoir un lien étroit avec le lien de filiation. Cependant, ces mêmes règles de conflit peuvent dans un certain nombre de situations conduire à désigner des lois ayant des liens étroits avec les rapports en cause, grâce à des techniques apportant une souplesse dans la mise en œuvre de ces règles de conflit.

Par ailleurs, en matière de gestation pour autrui, la localisation du rapport de droit menée *in abstracto* inciterait à considérer que le pays ayant les liens les plus étroits avec la situation est celui dans lequel le processus s'effectue. Pourtant, dans les pays qui autorisent le recours à la gestation pour autrui, une règle de conflit limitant l'accès à ce processus n'est pas envisageable car son adoption serait en contradiction directe avec le droit positif et la pratique de presque tous les ordres juridiques libéraux qui ne conditionnent pas l'accès au processus à la mise en œuvre des règles de conflit en matière de filiation. En ce qui concerne le recours des couples de même sexe à une procréation médicalement assistée, le pays dans lequel l'opération de procréation médicalement assistée est effectuée et dans lequel un lien de filiation est tissé aura souvent des liens sérieux avec la situation en cause. Cette dernière formulation, empreinte de relativisme, laisse entendre que les règles de conflit en matière de filiation ne peuvent pas revêtir de forme absolue, conduisant de manière inflexible à désigner un seul et même ordre juridique. La recherche des éléments constitutifs des rapports qui se nouent à la suite d'une assistance médicale à la procréation indique une pluralité d'éléments de

rattachement possibles. Par conséquent, l'idée selon laquelle un seul et unique ordre juridique entretiendrait nécessairement les liens les plus étroits avec la filiation de l'enfant né d'une technique d'assistance médicale à la procréation ne peut être acceptée qu'au prix d'une certaine approximation intellectuelle. C'est une des raisons pour laquelle, il paraît plus exact de parler à propos de ces filiations de rapports juridiques privés « *à relevances plurielles* »[15]. Dans ces conditions, la solution consistant à soumettre les rapports de droit créés à la suite d'une assistance médicale à la procréation à une règle de conflit à rattachement unique ne serait pas satisfaisante. En outre, les règles de conflit en vigueur ne semblent pas non plus satisfaire l'objectif de sécurité juridique, en raison de l'incertitude quant aux conditions de leur intervention.

5. Les enseignements de l'évolution des règles de conflit dans le temps et le retour à la loi du for

La réflexion relative à l'importance de la règle de conflit en matière de filiation nécessite toutefois d'examiner l'évolution du droit international privé face à l'évolution du droit matériel en la matière. La compréhension de la construction dans le temps du droit international privé nécessite un regard rétrospectif sur les motifs et les principes directeurs qui sont à l'origine et guident l'évolution de ses solutions. Il s'agit plus précisément d'identifier la manière dont les règles –ou plus globalement le traitement des problèmes propres au droit international privé– évoluent face à l'avènement de nouvelles institutions. L'observation du droit international privé grec et français, mais aussi des solutions de droit international privé d'autres ordres juridiques, démontre la fréquence des phénomènes par lesquels l'évolution de la législation substantielle fait naître le besoin d'une adaptation des règles correspondantes du droit international privé. Ce phénomène se manifeste, dans le cadre de la présente étude, en raison de l'avènement de nouvelles techniques d'assistance médicale à la procréation et de nouvelles formes de famille. En ce qui concerne la Grèce, l'affirmation se vérifie spécialement dans le cas de la gestation pour autrui, et plus largement pour l'ensemble des techniques d'assistance médicale à la procréation. En France, l'évolution du droit substantiel concerne les liens tissés à la suite d'une procréation médicalement assistée. En dépit de ces évolutions du droit substantiel, aucun de ces deux pays n'a pourtant fait évoluer ses règles de conflit. Les difficultés qui en résultent doivent conduire à s'interroger au moins de manière théorique sur

[15] PAMBOUKIS Charalambos, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Rev. crit. DIP* 2008, pp. 513-560, spéc. pp. 520, 539.

l'opportunité d'adopter de nouvelles règles de conflit en la matière. Il faut cependant également tenir compte du fait que l'étude de l'histoire du droit international privé révèle que les règles propres à cette matière restent souvent immuables en dépit des changements du droit substantiel.

Ces observations conduisent à considérer que la proposition de nouvelles règles de conflit ou la modification des règles de conflit existantes n'est pas indispensable, et qu'une éventuelle modification de ces règles en matière de filiation devrait s'orienter vers une forme souple. Une telle modification devrait exclure des propositions en faveur des nouvelles règles de conflit à structure rigide –c'est-à-dire avec rattachement unique. Néanmoins, le recul du rôle de la règle de conflit en matière de filiation au moment de l'établissement de la filiation fait que l'application du droit du for –éventuellement couplée à une auto-limitation du droit d'accès à l'assistance médicale à la procréation dans les situations internationales– semble la solution la plus opportune à condition qu'elle soit accompagnée d'un régime libéral de circulation des liens de filiation créés.

6. La pluralité nécessaire des méthodes et le rôle du droit substantiel dans la résolution des problèmes de droit international privé

D'autres facteurs peuvent jouer un rôle important dans la tentative de faire face aux problèmes de droit international privé qui surgissent dans le contexte de l'assistance médicale à la procréation. Parmi ces problèmes, il faut notamment prendre en considération la vulnérabilité des personnes impliquées[16] dans le processus d'assistance médicale à la procréation, la complexité des liens de filiation qui en résultent en raison de la dispersion des géniteurs et des parents, ainsi que le contentieux relatif à la reconnaissance des liens tissés à l'étranger qui se développe en raison de la divergence des points de vue en matière de droit de la filiation. Des solutions à ces problèmes doivent également être trouvées au stade de l'accès à une technique d'assistance médicale à la procréation et, dans cette optique, le recours au droit international uniforme mais aussi la modification du droit substantiel pourraient s'avérer nécessaires.

Doivent être examinés à cet égard les diverses propositions de procédés de coopération internationale qui permettraient de faire reconnaître dans certains cas les

[16] Au-delà des cas d'abandons d'enfants par les parents d'intention il arrive qu'il y ait des cas des parents d'intention qui n'abandonnent pas l'enfant mais qui refusent de verser la somme convenue à la gestatrice. Nous tenons à remercier maître Robert TERRENZIO, avocat en Floride spécialisé en gestation pour autrui, pour nous avoir fourni ces informations.

liens de filiation qui en résultent. Les moyens nécessaires pour atteindre cet objectif ne sont pas les mêmes pour toutes les techniques d'assistance médicale à la procréation, dans la mesure où les divergences entre les règles matérielles de chaque pays sont plus ou moins marquées en fonction de la technique considérée. Ainsi, en ce qui concerne la gestation pour autrui, un procédé de coopération inspiré de la convention de La Haye en matière d'adoption a été envisagé. L'idée d'une telle Convention a été formulée dans le but de protéger les gestatrices, d'empêcher les dérives qu'entraînerait l'exploitation commerciale des processus de gestation pour autrui, et d'assurer un statut aux enfants nés au terme de tels processus.

De notre part, le traitement efficace des problèmes liés à la gestation pour autrui nous paraît également impliquer une évolution de la législation substantielle des pays prohibitifs dans le sens d'une légalisation du processus de gestation pour autrui dans des limites précises. En outre, des règles matérielles uniformes peuvent fournir des solutions ponctuelles à certains problèmes. Les divergences déjà observées quant aux conditions de mise en œuvre des procédés d'assistance médicale à la procréation, telles que celles relatives aux conditions de consentement ou de révocation du consentement, peuvent être dépassées par leur uniformisation. Cette dernière est possible s'agissant de dispositions à caractère technique ne faisant pas partie du noyau dur des cultures nationales. Les bénéfices obtenus au terme d'un tel effort seraient multiples. Une telle uniformisation épargnerait des conflits de lois potentiels à chaque fois que le lien de la filiation ou sa contestation dépendent de ces conditions uniformisées. L'uniformisation des aspects techniques du droit de l'assistance médicale à la procréation réduirait en outre le coût de la consultation juridique des personnes ayant eu recours à des tels processus dans un contexte transfrontalier. Enfin, un rôle pourrait être confié à une autorité indépendante sur l'assistance médicale à la procréation créée au sein de l'Union européenne.

Étant donné que les enjeux de l'assistance médicale à la procréation dépassent largement les frontières étatiques, le législateur national est impuissant à faire face seul aux problèmes qui se font jour. Les pratiques développées sont de fait difficiles à encadrer. Une autorité indépendante pourrait donc être créée au niveau européen, dont l'objet ne serait pas prioritairement de traiter des questions de droit privé que soulève la gestation pour autrui mais de mieux assurer les droits des personnes fragiles, telles les femmes gestatrices ou les donneuses d'ovules, et de diffuser de manière plus complète et

plus fluide les informations relatives aux techniques d'assistance médicale à la procréation.

Ces suggestions ne seraient certes pas suffisantes pour éviter totalement la survenance des contentieux relatifs, notamment, au statut juridique des enfants nés à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Cependant, elles faciliteraient la coordination entre les ordres juridiques. Même si l'orientation des ordres juridiques prohibitifs n'est pas celle préconisée dans cette étude, il faut bien reconnaître qu'une législation se voulant restrictive n'aurait des chances de parvenir à accomplir son objectif dissuasif qu'à condition d'être plus claire et transparente que les législations restrictives existant à l'heure actuelle. Seules ces caractéristiques lui permettraient de dissuader de la manière efficace les citoyens de recourir à des procédés d'assistance médicale à la procréation accessibles à l'étranger mais contraires à l'ordre public local. Ceci dit, en dépit des mesures dissuasives, il n'est pas possible de concevoir et de créer des systèmes étanches. C'est pourquoi les problèmes qui surgissent inévitablement au stade de la circulation des filiations résultant d'une assistance médicale à la procréation requièrent une attention particulière.

7. Les obstacles à la circulation des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation et l'importance de l'institution de l'état civil

La compréhension des problèmes relatifs à la circulation des liens de filiation nécessite la présentation et la clarification des conditions de circulation des liens de filiation tissés à la suite d'une assistance médicale à la procréation. La recherche révèle l'importance de l'institution de l'état civil pour la circulation des liens de filiation. Elle montre aussi que cette circulation a souvent lieu de manière officieuse, parce que les personnes ayant eu recours à une assistance médicale à la procréation à l'étranger peuvent parfois rentrer dans leur pays d'origine avec le nouveau-né sans passer par le contrôle d'une autorité nationale. Il en ressort, d'une part, que le contrôle qu'un ordre juridique donné est en mesure d'exercer sur les situations juridiques créées à l'étranger mais développant des effets en son sein est parfois limité et, d'autre part, que des situations familiales sont susceptibles de se développer dans l'ordre juridique d'accueil en dépit de leur irrégularité aux yeux de cet ordre juridique. L'observation vaut aussi bien pour les couples, de sexe différent ou de même sexe, ayant eu recours à une gestation pour autrui dans un pays

adoptant le *ius soli* en droit de la nationalité que pour les couples de femmes ayant eu recours à une insémination artificielle à l'étranger.

On sait cependant que certains couples ayant eu recours à une gestation pour autrui ont été confrontés à des difficultés lors de leurs démarches afin de faire transcrire des actes de naissance établis à l'étranger dans leur pays d'origine. En principe, le contrôle effectué lors d'une demande de transcription d'un acte de naissance est pourtant un contrôle de forme en droit grec comme en droit français. Il porte principalement sur l'équivalence des actes d'état civil étrangers avec les actes d'état civil du pays. Il ne s'agit, ni dans le cas de la France, ni dans le cas de la Grèce, d'un contrôle dont l'objet est la reconnaissance du lien de la filiation. Des questions de fond liées à la filiation sont néanmoins susceptibles de se poser, puisque les autorités requises contrôlent dans tous les cas la compatibilité avec l'ordre public international de la situation étrangère constatée dans l'acte d'état civil au stade de sa transcription, comme d'ailleurs la fraude à la loi dans l'ordre juridique français. Ainsi, malgré le fait que ce contrôle de l'acte d'état civil ne répond pas à la question de fond qui est celle de la reconnaissance du lien de filiation, il demeure déterminant puisque la transcription de l'acte fera disparaître les signes de la gestation pour autrui une fois pour toutes. En France, il ressort des données disponibles qu'avant même l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Mennesson* et *Labassée*, un nombre important de couples parents d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger avait été confronté à des difficultés dans le cadre des démarches accomplies afin de se prévaloir de leurs liens de filiation avec ces enfants[17].

La jurisprudence française relative aux liens de filiations tissés à la suite d'une gestation pour autrui à l'étranger a initialement fermé la voie de leur reconnaissance en raison de la contrariété à l'ordre public international de ces filiations, avant de se fonder dans un second temps sur le constat de la fraude commise par les parents d'intention. L'ordre public a également été le motif invoqué par les autorités grecques afin de refuser la transcription d'un acte de naissance californien indiquant deux hommes ayant leur domicile en Australie en tant que parents de jumeaux nés d'une gestation pour autrui. Les principes d'indisponibilité du corps humain et d'indisponibilité de l'état des personnes, invoqués en France à l'appui de l'exception de l'ordre public, ne paraissent pourtant pas suffisamment solides pour justifier le refus de transcription des actes d'état civil étrangers

[17] PERREAU-SAUSINE Louis, SAUVAGE Nicolas, « France », in TRIMMINGS K., BEAUMONT P. (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 119-130, spéc. p. 119.

établis à la suite d'un processus de gestation pour autrui et pour exclure toute possibilité d'établissement d'un quiconque lien de filiation avec les parents d'intention. Les nombreuses exceptions dont souffrent ces deux principes permettent en effet de contester la pertinence de l'invocation de l'ordre public sur ce fondement. Par ailleurs, les liens que les situations examinées entretenaient avec des ordres juridiques étrangers devaient aussi conduire à une intervention atténuée de l'ordre public international. L'absence de prise en considération des liens entre ces situations et les ordres juridiques étrangers au sein desquels elles s'étaient initialement développées a notamment été particulièrement évidente et regrettable dans certaines décisions des autorités grecques refusant la transcription d'actes de naissance étrangers établis en faveur de couples d'hommes. En outre, l'intérêt de l'enfant n'a pas toujours été suffisamment examiné dans ces affaires.

À ces critiques, s'est ajoutée dans le cas de la France celle tirée du caractère contradictoire et de l'incohérence des raisonnements judiciaires fondant le rejet de liens de filiation établis à la suite d'une gestation pour autrui étrangère. Ainsi, dans une série d'arrêts du 7 avril 2011, les juges français prononcent le refus de transcription d'actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une gestation pour autrui tout en affirmant simultanément que ces enfants ne sont pas privés de leurs liens de filiation établis à l'étranger. D'autres incohérences dans l'accueil réservé aux liens de filiation des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui découlent en outre de la dissonance entre les pratiques des juridictions judiciaires, des juridictions administratives et de l'administration publique françaises

L'invocation de la fraude en tant que motif de refus de reconnaissance des actes d'état civil établis en faveur des couples d'hommes et afin de s'opposer à la reconnaissance d'un lien de filiation entre un père biologique et son enfant né à la suite d'une gestation pour autrui effectuée en Inde, est tout aussi discutable. L'invocation de la fraude est particulièrement malvenue étant donné que les conditions de son intervention ne sont pas claires.

Des problèmes similaires dans la motivation du refus de reconnaissance des liens de filiation tissés en faveur des couples de même sexe s'observent en Grèce. En revanche, en France, une solution appropriée a été trouvée en ce qui concerne les liens de filiations tissés en faveur des couples de même sexe, à savoir celle de l'adoption.

8. L'influence du droit européen sur la circulation des liens de filiation et sur les méthodes du droit international privé

La circulation du statut personnel est affectée par divers arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme qui facilitent la circulation de situations de droit privé, des relations familiales et plus précisément encore, des liens de filiation créés à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Cependant, l'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'Homme n'est ni directe, ni automatique. Ces deux systèmes de règles facilitent indirectement la reconnaissance des situations familiales dont les résultats se sont déjà fait ressentir au sein des ordres juridiques nationaux, mais n'obligent pas à la reconnaissance des liens de filiation créés dans un ordre juridique étranger. Au contraire, les deux systèmes juridiques disposent de mécanismes qui leur permettent de prendre en considération les particularités et les divergences des législations des différents États membres dans certaines matières. En particulier, les deux Cours supranationales prévoient, en présence des questions sensibles, des réserves dans la construction de leur raisonnement leur permettant de reconnaître une ample marge d'appréciation aux États membres. La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit de l'Union européenne n'imposent donc pas une reconnaissance à tout prix des situations familiales, et en particulier des filiations issues d'une assistance médicale à la procréation.

Les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'Homme dans les affaires *Mennesson* et *Labassée*, puis *Foulon* et *Bouvet* confirment l'assertion qui précède. Elles ne sont en réalité rien de plus qu'une explicitation de la pratique jurisprudentielle française. Cette dernière laissait, jusqu'aux arrêts de septembre 2013, entrevoir que le lien de filiation du père d'intention, contrairement au lien de filiation de la mère d'intention, pouvait être reconnu.

De l'autre côté, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne l'hésitation des juges est beaucoup plus marquée. Le rôle actif de la Cour de justice dans les affaires à caractère international ne s'est pleinement affirmé que dans le cadre d'affaires ne touchant pas au cœur de l'ordre public national des États membres, comme celles concernant le nom de famille de citoyens de l'Union. Au contraire, lorsque la Cour de justice a dû s'intéresser pour la première fois–de manière indirecte– au problème de la gestation pour autrui, elle s'est montrée prudente. Ainsi, elle s'est abstenue d'étendre le bénéfice des droits à congé de maternité consacrés par le droit de l'Union européenne aux mères d'intention. Ces affaires montrent pourtant à leur tour l'interaction entre le

droit de l'Union européen et les législations nationales en matière de droit de la famille et d'assistance médicale à la procréation, interaction qui s'étend également à des questions de méthodologie du droit international privé.

Malgré l'affirmation fréquente de l'influence du droit européen sur les méthodes du droit international privé, le droit européen n'a pas bouleversé la méthodologie traditionnelle empruntée par les systèmes nationaux de droit international privé. L'influence du droit européen en la matière apparaît finalement discrète. Le droit de l'Union européenne comme la Convention européenne des droits de l'Homme ont, notamment dans les arrêts *Garcia Avello*, *Grunkin Paul*, *Wagner, Negrepontis*, et *Mennesson*, montré que les deux systèmes peuvent évincer ponctuellement les solutions retenues par les systèmes nationaux de droit international privé. Le droit européen ne comporte pour autant aucune critique directe de ces systèmes et n'implique aucune remise en cause directe de la méthodologie et du procédé de la règle de conflit en matière de filiation. Les solutions nationales sont simplement soumises à un contrôle de légalité à l'aune du droit européen, qui est indépendant de la méthode sur laquelle elles reposent.

Par conséquent, aucune solution n'est immunisée, même lorsqu'elle repose sur l'invocation de l'ordre public international. Les deux Cours supranationales contrôlent la compatibilité de l'argumentation utilisée en veillant en particulier à la cohérence de celle-ci au regard, non seulement des règles européennes, mais aussi d'autres règles et solutions de l'ordre juridique en cause. C'est pourquoi la motivation invoquée au soutien d'une solution par les juridictions nationales revêt une importance cruciale, dans la mesure où cette dernière sera seule prise en compte afin d'apprécier la compatibilité de cette solution avec le droit européen. Ce contrôle ne conduit pas à une paralysie du système de contrôle étatique des situations et des décisions. Au contraire, l'on pourrait dire que le contrôle supplémentaire exercé par les Cours européennes renforce les systèmes de contrôle des Etats membres en contribuant à les rendre plus solides.

Ainsi, l'existence du filtre européen impose aux ordres juridiques nationaux, lorsqu'ils suivent une politique restrictive de le faire de manière non équivoque en adoptant des règles claires et en suivant la même pratique indépendamment de la nature de la juridiction ou l'autorité étatique en charge du problème considéré. Les États continuent donc de jouir d'une liberté considérable dans la réglementation des relations privées internationales dans des affaires comme celles liées à l'assistance médicale à la procréation. Un refus de reconnaissance ne peut simplement pas être justifié du point de vue du droit européen lorsqu'il est le résultat d'une application légaliste du droit national

en cause. Lorsqu'il est la conséquence directe d'une application rigide d'une règle de conflit, le refus de reconnaissance d'un lien de filiation créé à la suite d'une assistance médicale à la procréation aura des chances d'être sanctionné sur le plan du droit européen.

Du point de vue de la méthode empruntée, le contentieux lié à la gestation pour autrui a également été l'occasion de raviver les débats autour de la méthode de la reconnaissance. Ce contentieux ne donne pourtant, en réalité, guère d'arguments en faveur de la suppression de la règle de conflit. Une vision d'ensemble du traitement de la question du lien de filiation résultant d'une assistance médicale à la procréation devrait au contraire nous amener à reconsidérer le fonctionnement du mécanisme de la règle de conflit dans ce type de contentieux et, finalement, à mieux conceptualiser son fonctionnement, spécialement pour les cas de circulation et de reconnaissance des liens de filiation tissés à l'étranger.

Ainsi, on peut constater que la règle de conflit n'a jamais constitué le fondement du refus de reconnaissance des liens de filiation étrangers. Au contraire, la règle de conflit de l'article 311-14 du Code civil français a été invoquée en tant qu'argument favorable à la reconnaissance des liens de filiation étrangers y compris découlant de techniques d'assistance médicale à la procréation. Par ailleurs, en Grèce et en Belgique, les juges confrontés à des demandes de reconnaissance de liens de filiation créés à la suite d'une assistance médicale à la procréation ont, soit évincé l'application de la loi étrangère très facilement, soit interprété de manière souple la règle de conflit afin d'aboutir à une solution permettant la reconnaissance du lien de filiation créé. L'exemple belge est est à cet égard édifiant car la Belgique, bien que ce pays n'ait pas légalisé la gestation pour autrui, il a néanmoins assoupli le fonctionnement de sa règle de conflit afin d'éviter que celle-ci ne conduise à la désignation d'une loi refusant la reconnaissance du lien de la filiation résultant d'une gestation pour autrui. A l'aune de ces constatations, notre attention doit être portée sur les mécanismes d'exception mises en œuvre par les juges au stade de la circulation des liens de filiation, qu'ils soient ces derniers consacrés par une décision judiciaire ou non.

9. Le besoin de renforcement de la motivation appuyant la mise en œuvre de l'exception d'ordre public et l'importance de la coopération entre autorités au sein de l'Union européenne

Ceci étant, la place de l'exception d'ordre public mérite sans doute d'être repensée. Ainsi, l'appréciation de la contrariété d'une situation à l'ordre public de réception suppose une analyse détaillée et une vision d'ensemble, non seulement de l'ordre juridique de réception, mais aussi de l'ordre juridique dont l'institution en question est issue. L'étude et la compréhension des institutions étrangères permettent de mieux évaluer la confrontation entre des conceptions différentes. L'étude des lois étrangères ne permet pas seulement de comprendre les nuances et les détails des modèles suivis dans d'autres pays, mais aussi d'identifier les liens qu'une situation présente avec l'ordre juridique étranger dans lequel elle a été constituée.

À la suite de ces observations, et étant donné qu'un nombre considérable des contentieux autour des liens de filiation en Europe soulève la question de leur compatibilité avec l'ordre public, il devient indispensable de mieux préciser les conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. Au sein de l'Union européenne notamment, les motivations avancées à l'appui de l'ordre public international dans un contexte contentieux ne peuvent pas être considérées comme suffisantes pour conduire au refus de reconnaissance des filiations issues d'une assistance médicale à la procréation. D'un côté, les juges devraient invoquer des principes justifiant l'invocation de l'exception d'ordre public tout en démontrant de manière claire et précise la consécration de ces principes en droit positif et dans la pratique juridique dans son ensemble. De l'autre côté, la fraude constitue un motif de refus de reconnaissance dont les termes d'intervention restent vagues et dont la conséquence est trop inflexible et stricte pour que son utilisation soit acceptée. Le recours à un tel motif de contrôle est en outre encore plus contestable entre États membres de l'Union européenne et au sein de l'espace coopératif qu'est l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Enfin, au sein de l'Union européenne la coordination des ordres juridiques peut emprunter d'autres formes. La coopération entre autorités jouera un rôle important dans la circulation des liens de filiation. Ainsi, il existe des raisons à penser que celle-ci sera considérablement améliorée par la mise en place des mécanismes de circulation des actes de l'état civil. Une première étape dans cette direction a été franchie avec l'adoption du règlement 2016/1191/UE du 24 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics. Bien

que le règlement se limite à des problèmes de forme la création d'un certificat d'état civil européen épargnera les ordres juridiques nationaux d'un nombre considérable de contentieux.

10. L'apport d'une règle matérielle de droit international privé et la reconnaissance indirecte des liens de filiation au stade de la circulation des effets de la filiation

Par ailleurs, une règle matérielle de droit international privé devrait faire présumer la reconnaissance des liens de filiation chaque fois que ceux-ci correspondent à une vie familiale effective. Une telle solution trouve au demeurant une justification sur la facilitation indirecte de la reconnaissance des liens de filiation au stade de la réglementation des effets de la filiation.

Les liens de filiation examinés sont à l'origine des problèmes lorsqu'elles surgissent en tant que question préalable à la résolution d'un problème de responsabilité parentale, d'obligation alimentaire et de succession. Malgré le fait que certains ordres juridiques dissocient certains effets de filiation de la question de l'existence même du lien de filiation, des difficultés surgiront en raison de la divergence entre les diverses réglementations étatiques des filiations. Certaines personnes seront tentées de se déplacer vers des ordres juridiques plus restrictifs quant à la reconnaissance des nouveaux liens de filiation afin d'empêcher les autres participants au projet parental d'exercer les droits découlant du lien de filiation. Selon le cadre procédural et les circonstances de chaque espèce, une telle tactique sera ou non fructueuse. Ainsi, lorsque la responsabilité parentale, par exemple, aura déjà été reconnue dans une première décision, il sera difficile à un intéressé de s'opposer à sa reconnaissance dans le cadre d'une nouvelle procédure. Au contraire, lorsque l'une des parties saisira les juridictions d'un pays restrictif afin que celles-ci se prononcent pour la première fois sur la situation, la tactique aura plus des chances d'aboutir à un refus de reconnaissance. Pourtant, au sein de l'Union européenne l'arsenal normatif développé les dernières années avec les règlements en matière de responsabilité parentale, d'obligations alimentaires et de successions, devrait contribuer à faciliter la reconnaissance des effets attachés à ces nouveaux liens de filiations.

Parmi les mécanismes œuvrant à cette reconnaissance facilitée, peut être mentionnée la suppression de l'exequatur pour les décisions de retour des enfants illicitement déplacés ou retenus, les décisions relatives au droit de visite et celles relatives aux obligations alimentaires rendues par les tribunaux d'un État lié par le protocole de La

Haye sur le droit applicable aux obligations alimentaires. De même, certains techniques assouplissant la mise en œuvre des règles de conflit relatives à la filiation lorsque la question se pose en tant que question préalable peuvent conduire au même résultat. Si cette reconnaissance facilitée n'emporte aucune obligation pour les Etats de légaliser les nouveaux procédés ou techniques d'assistance médicale à la procréation, la création d'un droit international privé européen qui vise à l'approfondissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et qui pousse à la coopération entre autorités et juridictions promeut l'acculturation progressive des États membres de l'Union européenne.

En définitive il faut relever la prépondérance de la loi du for au moment de l'accès à une technique d'assistance médicale à la procréation et celle de l'ordre public au moment de la circulation des situations familiales créées au moyen de telles techniques. La coordination entre des positions à première vue radicalement opposées n'est pas exclue. Elle s'avère néanmoins très difficile pour des raisons diverses. Ni la méthode de la règle de conflit, ni celle de la reconnaissance ne sont à même de faciliter réellement la coordination des systèmes et la circulation des liens de filiation car le poids idéologique de certains problèmes fait passer au second plan les finalités coordinatrices que peuvent assumer aussi bien la règle de conflit bilatérale que la méthode de reconnaissance. Par conséquent, un changement de méthode au stade de la circulation des situations n'affecterait pas considérablement leur reconnaissance. L'attention doit donc être portée sur les conditions de mise en œuvre des mécanismes d'exception du droit international privé et surtout sur les justifications invoquées au soutien de l'exception de l'exception d'ordre public. Un renforcement de la motivation du recours à cette exception se révèle particulièrement nécessaire au sein des États membres de l'Union européenne. Ce renforcement suppose de mener une appréciation globale du système de droit avec lequel entre en confrontation une situation pour apprécier si sa reconnaissance est en mesure de porter réellement atteinte à l'ordre public international. Dans le cas où un ordre juridique, après un tel examen approfondi, est amené à constater que ces principes sont inconciliables avec l'acceptation de la situation, la coordination pour une large mesure devra être exclue. Dans une telle hypothèse, il faudra que le législateur décrive de manière claire et intelligible ses règles prohibitives afin de garantir l'efficacité de ses lois et principes et améliorer la prévisibilité du droit applicable dans les relations privées internationales.

Le point de vue adopté dans cette étude est pourtant que le cloisonnement des ordres juridiques permissifs et restrictifs n'est pas souhaitable et qu'une modification sur

le plan du droit matériel constitue le meilleur moyen d'éliminer les contentieux autour des liens de filiations tissées suite à d'une assistance médicale à la procréation et d'améliorer la coordination des systèmes en la matière. En ce qui concerne les techniques à mettre en œuvre pour y parvenir, un rôle doit être réservé au droit international uniforme. Ensuite, en dehors de la position libérale ou prohibitive à l'égard des techniques d'assistance médicale à la procréation, il existe des problèmes dont la solution n'exclut pas la coordination des ordres juridiques. En ce qui concerne la circulation des filiations, nous pensons en particulier qu'entre les États membres de l'Union européenne, une lecture souple de la règle de conflit peut assurer que le droit applicable ne sera pas invoqué afin d'exclure la reconnaissance du lien de filiation. Toujours dans ce contexte, l'objectif de la permanence du statut personnel repose sur des bases juridiques renforcées puisées aussi bien dans le droit primaire de l'Union européenne que dans la Convention européenne des droits de l'Homme, vivifiées par le contrôle exercé par les Cours européennes. Cette donnée constitue un argument supplémentaire en faveur d'un contrôle rigoureux des mécanismes d'exception. Enfin, des mécanismes de coopération pourraient contribuer à assurer la circulation des filiations résultant de processus d'assistance médicale à la procréation par l'adoption des mécanismes de coopération entre juges et autorités et de formulaires uniformes relatifs à l'état civil. L'Union européenne s'est d'ailleurs déjà dotée de règlements qui permettent une circulation facilitée des effets des liens de filiation les plus divers.

Annonce du plan. L'étude débutera par l'examen des difficultés qui se font jour au moment de la création des liens de filiation issues d'une assistance médicale à la procréation **(partie I)**, et se poursuivra dans la deuxième partie par l'analyse des problèmes se manifestant au stade de la circulation de ces liens de filiation **(partie II)**.

PREMIÈRE PARTIE

CRÉATION DES FILIATIONS ISSUES D'UNE ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

Un examen de la réglementation des rapports nés d'une assistance médicale à la procréation doit commencer par l'examen des conditions de création des liens de filiation. Les conditions d'intervention du droit international privé à ce stade ne sont pas toujours claires. Nombre de dispositions influençant la création des liens de filiation à la suite d'une assistance médicale à la procréation effectuée dans un contexte transfrontalier sont de nature matérielle. Inversement, le rôle de la règle de conflit de lois est réduit. Ce constat ne doit toutefois pas conduire à se dispenser de la réflexion nécessaire relative à la place qui lui revient et aux adaptations éventuelles qui pourraient se révéler nécessaires. Nous allons comprendre toutefois qu'une réglementation permettant de faire face aux enjeux qui se font jour doit combiner l'ensemble des méthodes de droit international privé, à savoir règles de conflit, règles matérielles spécialement conçues pour les relations internationales, lois de police. Il est aussi à espérer que l'adoption de certaines règles au niveau régional, voire international, combinée avec une coopération renforcée au niveau de l'Union européenne facilitera la coordination des points de vus qui paraissent opposés, et permettra de réduire les risques découlant du recours aux techniques d'assistance à la procréation notamment en raison du caractère international d'un projet parental.

Nous traiterons, dans un premier temps, les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation (TITRE I) avant d'envisager, dans un second temps, le rôle du droit international privé à ce stade (TITRE II).

TITRE I

CONDITIONS D'ACCÈS À L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

La compréhension des problèmes du droit international privé qui apparaissent nécessite l'examen préalable du droit substantiel. Ce besoin découle tout d'abord du fait que chaque démarche de coordination requiert la compréhension de la teneur et de la nature des législations à coordonner. L'étude du droit matériel est, encore, requise pour la qualification, étape préalable à la coordination. La constatation, suite à une telle étude, que les droits ou les institutions en question s'apparentent à d'autres droits ou rapports privés entrant dans le domaine des règles de conflit existantes peut amener à une application par analogie de ces règles de conflit.

En outre, le choix entre les méthodes disponibles du droit international privé dépend dans une grande mesure de la manière dont les ordres juridiques, concernés par un rapport de droit privé, conçoivent et organisent juridiquement ces relations privées et les droits qui en découlent. Ainsi, selon que l'établissement du lien de filiation d'un enfant nécessite l'intervention d'un notaire ou d'un juge, un mécanisme différent peut être emprunté pour résoudre les problèmes surgissant d'une relation privée internationale. De plus, l'étude du droit matériel démontre le champ possible d'une harmonisation ou d'unification éventuelle –au moins partielle– des législations substantielles examinées. L'harmonisation et l'unification du droit, même si elles ne constituent pas l'objet principal du droit international privé conduisent souvent à une réduction des conflits de lois. Enfin, nous constatons que le droit international privé emprunte parfois des règles de nature substantielle dans le but d'apporter des solutions aux problèmes qui naissent. On assiste à un phénomène comparable à propos de la procréation médicalement assistée. Étant donné ces considérations, une place importante a été consacrée à l'étude des règles substantielles. Celle-ci commencera par l'examen dans un premier chapitre des règles substantielles de l'assistance médicale à la procréation relatives aux conditions d'accès aux techniques et aux liens de filiation qui en résultent (Chapitre 1). Nous mettrons par la suite en avant dans un deuxième chapitre les règles

substantielles qui influencent directement l'internationalité des situations qui sont liées à une assistance médicale à la procréation (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

RÉGLEMENTATION SUBSTANTIELLE DU LIEN DE FILIATION ISSU D'UNE ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

L'étude de la réglementation de l'assistance médicale à la procréation et des dispositions y afférentes du droit de la famille portera sur les pays ouvrant l'accès à certaines techniques d'assistance médicale à la procréation[18]. En effet, ces techniques permettent la création des liens de filiation, lesquels sont la source de conflits dans d'autres ordres juridiques dont la réglementation plus stricte ne permet pas leur reconnaissance. Une observation préalable s'impose quant aux caractères et aux particularités de la réglementation de l'assistance médicale à la procréation. Les dispositions du droit de la procréation médicalement assistée et de la gestation pour autrui peuvent être distinguées entre celles réglementant l'accès aux techniques –pouvant être qualifiées de procédurales– et celles concernant les liens de filiation créés. Le fait que les conditions d'accès soient réunies est, tantôt déterminant pour la création du lien de la filiation (par. ex. consentement de l'époux à l'insémination hétérologue), tantôt indifférent pour son établissement (par. ex. gratuité de l'apport d'un donneur). Pour établir cette distinction, nous présenterons les règles techniques relatives aux conditions d'accès aux différents procédés d'assistance médicale à la procréation. Nous examinerons également les conditions d'établissement des liens de filiation qui en résultent, ainsi que les principaux motifs de contestation de ces liens de filiation. Cet examen permettra de cerner à la fois les conflits de lois potentiels mais aussi les fondements sous-jacents des filiations.

L'examen de ces questions nécessitait de choisir les législations à examiner afin d'obtenir une vue d'ensemble des problèmes soulevés en droit international privé. Le degré de diversité et d'originalité de la réglementation des questions du droit substantiel privé nous a paru propice pour atteindre cet objectif. En effet, le degré de sophistication d'une législation dénote un particularisme propre aux solutions nationales qui est

[18] Le point de vue des pays ayant des législations restrictives sera mis en lumière lors de l'examen de la circulation des liens de filiation, v. en particulier dans le 5ème chapitre les développements consacrés à la France pour ce qui concerne un lien de filiation issu d'une gestation pour autrui (Section 1, § 1) et les développements consacrés à la Grèce pour ce qui concerne un lien de filiation monosexué issu d'une procréation médicalement assistée (Section 2 § 2).

fréquemment à l'origine des problèmes les plus complexes et les plus originaux de droit international privé. Nous avons donc tenté, en choisissant les pays examinés, de mettre en lumière les dérogations et les innovations apportées par l'assistance médicale à la procréation. En outre, le choix des ordres juridiques français et grec comme axe principal de l'analyse de droit international privé a affecté le choix des autres législations étudiées.

Les critères présentés ci-dessus ont amené à présenter les cadres juridiques français, grec et anglais[19]. Ce premier aperçu porte sur une technique élémentaire, l'assistance à une insémination artificielle avec ou sans donneur, sans égard à l'orientation sexuelle des intéressés. Ensuite, il a été jugé opportun de présenter la réglementation québécoise, anglaise et belge en ce qui concerne l'accès des couples de femmes homosexuelles à l'assistance médicale à la procréation. En effet, la particularité des liens de filiation qui résultent de l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples de femmes justifie qu'une place soit consacrée aux législations qui l'autorisent. Enfin, les législations grecque, anglaise et belge ont été choisies car elles autorisent l'accès à la procréation médicalement assistée *post mortem*.

Cette étude serait naturellement incomplète sans la gestation pour autrui, pratique qui a généré, à ce jour, le contentieux le plus abondant de droit international privé. Ce procédé a conduit à l'examen de la législation des certains États des Etats-Unis et, en particulier, celle de la Californie –lieu de destination par excellence des parents d'intention– ainsi que les législations anglaise et grecque. L'aperçu du droit comparé débutera par l'examen de la fécondation artificielle et de ses conséquences sur le plan de la filiation (SECTION 1) pour étudier ensuite la gestation pour autrui et ses conséquences sur le plan de la filiation (SECTION 2).

[19] Par cadre juridique anglais, on entend les règles qui couvrent l'Angleterre et le Pays de Galles. Les mêmes règles couvrent également l'Irlande du Nord et l'Écosse à l'exception de certains articles. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi les expressions « *droit anglais* » et « *cadre juridique anglais* ». V. aussi en ce sens : PARIZER-KRIEF Karène, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne, De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *R.I.D.C.* 2011, pp. 645-659, spéc. pp. 649, 651, 656-657 ; DE SAINT-PERN Laure, « Le droit anglais », in *La famille en mutation, Archives de Philosophie du droit*, t. 57, DALLOZ, 2014, pp. 413-424.

SECTION 1

FÉCONDATION ARTIFICIELLE

L'accès à la fécondation artificielle a d'abord permis d'imiter le modèle de la procréation naturelle (§ 1). Ces techniques ont pourtant permis de dépasser ce modèle (§ 2) et permettre l'avènement de nouvelles formes de famille.

§ 1. Techniques et procédés imitant le modèle de la procréation naturelle

L'examen des règles relatives aux techniques de fécondation artificielle portera, d'une part sur les conditions d'accès (A) et d'autre part sur les effets de ces techniques sur le plan de la filiation (B). Seront examinés pour chaque cadre juridique les conditions d'accès (a) et les conditions de révocation d'un projet parental (b).

A. LES CONDITIONS D'ACCÈS AUX TECHNIQUES

L'examen des conditions portera sur le cadre juridique français (1), sur le cadre juridique grec (2) et sur le cadre juridique anglais (3).

1. Le cadre juridique français

Le cadre juridique français, résultant principalement des lois de bioéthique du 29 juillet 1994, du 6 août 2004, du 7 juillet 2011 et de la dernière modification de 2013, se situe dans le Code de la santé publique (ci-après CSP)[20] ainsi que dans le Code civil[21]. Le droit français, adoptant une voie médiane entre une approche libérale et restrictive, permet l'insémination homologue et hétérologue, le don d'embryons et d'ovocytes[22]. À titre

[20] Art. L.152-1 s. ; L.673-1s. CSP.
[21] Art. 311-19 et 311-20 C. civ.
[22] Art L. 2141-1 CSP (Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, art 24 I JO du 7 août 2004) : « *L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons, et*

général « *L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle*» (art. L. 2141-1 CSP). En revanche, la gestation pour autrui ainsi que l'utilisation des techniques *post mortem* sont interdites.[23]

a. Conditions d'accès

L'assistance médicale à la procréation, à savoir celle nécessitant l'entremise d'un spécialiste, est autorisée. L'accès à celle-ci n'est ouvert que dans un but thérapeutique (L. 2141-2 al. 2 CSP), lequel est entendu largement afin d'inclure le recours visant à « …*éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* ». Il ressort des articles L. 2131-4 et L. 2131-4-1 CSP qu'un couple peut, également, y recourir afin d'obtenir, avec l'apport d'un diagnostic préimplantatoire, un enfant indemne et génétiquement compatible avec un ou une de ses frères ou sœurs atteint d'une maladie contre laquelle un don par l'enfant né peut être le seul traitement thérapeutique possible. Ainsi, le caractère thérapeutique de l'assistance médicale, la gratuité des apports des donneurs[24] et leur anonymat constituent des principes de la procréation médicalement assistée[25]. En outre, le consentement préalable de chaque participant constitue une condition indispensable, quelle que soit la technique utilisée (art. L.2141-2 al. 3 CSP). Avant de donner leur consentement, les personnes concernées doivent être dûment informées sur tous les aspects d'une procréation médicalement assistée. Et après avoir été

---

l'insémination artificielle ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de biomédecine.
La stimulation ovarienne, y compris lorsque elle est mise en œuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation, est soumise à des recommandations de bonnes pratiques ».

[23] Il est à noter néanmoins que le Conseil d'État, le Comité national consultatif d'éthique, et l'Académie de médecine s'étaient prononcées en faveur du transfert *post mortem* d'un embryon. Suivant leurs propositions un amendement avait été adopté à l'Assemblée nationale, selon lequel un transfert *post mortem* serait autorisé à condition que l'homme ait consenti de son vivant et que ce transfert soit réalisé entre six mois et dix-huit mois après le décès. Toutefois, des difficultés de la mise en œuvre du dispositif ont suspendu cette réforme (: DREIFUSS-NETTER Frédérique (commenté sous la dir de), *Code de la santé publique*, LexisNexis/Litec, Paris, 2007, p. 400-401).

[24] Selon l'art. L. 1241-6 CSP : « *Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon* ». En outre l'article 16-5 C. civ. prévoit que : « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* ».

[25] V. MALAURIE Philippe, FULCHIRON Hugues, *Droit de la famille*, 5ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2016, p. 477, nº 1040 ; *CORNU* Gérard, *Droit civil, La famille*, 9ème éd., Montchrestien, Paris, 2006, p. 460-461. L'article 16-8 al. 1 C. civ. dispose qu' : « *Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur* » et l'art. L.1211-5 CSP prévoit que : « *Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.*
Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique ».

informées, les parties doivent confirmer par écrit leur volonté d'avancer dans leur projet parental après l'écoulement d'une période de réflexion d'un mois à partir du dernier entretien (art. L. 2141-10, al. 3 CSP). La soumission à ces techniques s'exerce sous le contrôle étatique et, dans les cas les plus délicats, sous celui des médecins en charge ainsi que de l'Agence de la biomédecine.

Lesdites techniques ne sont permises qu'aux couples formés par un homme et une femme (L. 2141-2 al. 1 et 2 CSP)[26]. Cependant, depuis la dernière modification des lois sur la bioéthique, il n'est plus requis pour les couples non mariés d'apporter la preuve d'une vie commune ayant duré au moins deux ans (L. 2141-2 al. 2 CSP). L'accès est donc interdit aux célibataires homosexuels ou hétérosexuels ainsi qu'aux couples homosexuels. Enfin, les intéressés doivent être « *en âge de procréer* » (L. 2141-2 al. 2 CSP).

L'assistance avec donneur n'est permise selon l'article L. 2141-7 CSP que

> *« lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie de particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce ».*

Le consentement du couple, donné préalablement à l'insémination ou au transfert, doit revêtir une forme solennelle ce qui signifie qu'il faudra avoir recours à un juge ou à un notaire[27]. Ces derniers ont la responsabilité et l'obligation d'informer le couple des conséquences dudit procédé sur le plan de la filiation (art. 1157-3 Nouveau Code de Procédure civile). Enfin, le lien génétique de l'enfant -qui sera conçu- avec au moins l'un des membres du couple est requis[28].

Le consentement du donneur ou de la donneuse ainsi que du mari ou du concubin du donneur, condition préalable à la mise en œuvre de la procédure, est

---

[26] V. toutefois l'article TRUONG Nicolas, DUPONT Gaëlle, « 130 médecins demandent l'assouplissement des lois encadrant la reproduction assistée », *Le Monde* 17.03.2016. Dans ce manifeste publié par le journal Le Monde 130 médecins et biologistes de la reproduction invitent le gouvernement à assouplir sa législation pour permettre à des couples de même sexe et à des femmes célibataires d'avoir accès à une procréation médicalement assistée tout en admettant ouvertement qu'ils ont déjà dispensé leurs services aux personnes desdites catégories ; *AJ famille* avril 2016, p. 180, DIONISI-PEYRUSSE Amélie.

[27] Art. 311-20, 1er al. C. civ. : « *Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation* » ; et v. aussi l'art. 1157-2, 1er al. C. proc. civ. : « *Les époux ou concubins qui recourent à une assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, prévue à l'*article *311-20 du Code civil, y consentent par déclaration conjointe devant le président du tribunal de grande instance de leur choix ou son délégué, ou devant notaire* » ; LE BOURSICOT Marie-Christine, « Filiation des enfants issus d'une procréation médicalement assistée : de la distinction entre PMA endogènes et PMA exogènes », *RLDC* juillet-août 2016, pp. 24-28.

[28] L. 2141-3 al. 1 CSP : «. *Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple* ».

librement révocable « *à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes* » (art. L. 1211-2 al. 1 et art. L. 1244-2 al. 1 CSP). Les donneurs, et en particulier les donneuses d'ovocytes, doivent être dûment informés (art. L. 1244-7 al. 2 CSP) avant d'apporter leur consentement. Enfin, dans le cadre d'une procédure nécessitant un don, le principe de gratuité des apports des donneurs (art. 16-6 C. civ. et art. L. 1244-1, art. L. 2141-5, L. 2141-6 et L. 2141-10 CSP et art. L. 1211-4, art. L. 1211-5 al. 2 CSP) et de leur anonymat (art. 16-8 C. civ., art. L. 1211-5, L. 2141-6 al. 3 CSP) sont fondamentaux.

Enfin, le don d'embryons par des couples est permis exceptionnellement dans des conditions strictes (L. 2141-6 CSP). L'embryon accueilli doit résulter, soit de la démarche d'un autre couple ayant suivi un processus de fécondation *in vitro* n'ayant pas abouti, soit d'une personne ne pouvant plus procéder au projet parental en raison du décès de son conjoint (art. L. 2141-5 CSP). Le don dépend, d'une part du recueil des consentements du premier couple et du couple d'accueil et, d'autre part d'une décision de la juridiction gracieuse (art. L. 2141-6 al. 2 CSP). Le juge est chargé de recueillir le consentement qui est donné par écrit devant lui (art. L. 2141-4, L. 2141- 5 et L. 2141-6 CSP) ainsi que de contrôler l'adaptabilité de l'environnement familial avant de donner l'autorisation. Une fois celle-ci donnée, sa durée est limitée à trois ans mais est renouvelable.

b. Conditions de révocation du projet parental.

Selon l'article L 2141-2 2ème al. CSP :

> *« Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation »*

La révocation ne peut intervenir que jusqu'à l'insémination ou l'implantation de l'embryon. En outre, le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps et la cessation de la communauté de vie produisent leur effet automatiquement et sans aucun formalisme (art. 311-20 3ème al. C. civ.).

2. Le cadre juridique grec

Le législateur grec a ouvert largement la voie à la plupart des techniques d'assistance à la procréation [29]. Le recours est permis dans un but thérapeutique. En outre, la rémunération pour l'utilisation du matériel génétique d'une tierce personne est interdite. Le choix de sexe dans le cadre d'un procédé de procréation médicalement assistée n'est qu'exceptionnellement concevable dans le but d'éviter la transmission d'une maladie héréditaire liée au sexe (art. 1455 § 2 C. civ.). Enfin, les techniques d'assistance médicale les plus difficiles sont soumises à des conditions spéciales ainsi qu'à des garanties judiciaires.

a. Conditions d'accès.

Les articles 1455 à 1460 du Code civil prévoient des conditions d'accès communes à toutes les techniques de procréation médicalement assistée. Les personnes majeures peuvent y avoir accès jusqu'à l'âge de capacité naturelle de procréation (art. 1455 par. 1 al. 2 C. civ.)[30]. Les mineurs peuvent exceptionnellement y recourir dans le cas de maladie grave susceptible de provoquer la stérilité (article 4 § 1 sous par. 2. al. 1 de la Loi n° 3305/2005).

Tout acte d'assistance à la procréation nécessite le consentement écrit des personnes y participant (article 1456 § 1 al. 1 C.civ.). La loi n° 3305/2005 portant sur la mise en œuvre de la l'assistance médicale à la procréation précise que préalablement au consentement, les spécialistes des centres d'assistance doivent informer les parties de tout paramètre d'ordre social, moral, légal ou financier (article 5 § 1 L. n° 3305/2005). Le respect des conditions posées est assuré par des sanctions pénales[31] et administratives[32].

---

[29] Sont permises l'insémination homologue ou hétérologue, le don d'ovules et d'ovocytes, la gestation pour autrui et la procréation *post mortem* ; V. l'article 1455 § 1 al. 3 Code civil grec interdisant le clonage reproductif et l'article 2 § 3 de la Loi n° 3305/2005 interdisant la création des chimères et des hybrides.

[30] V. article 4 § 1 de la Loi n° 3305/2005 portant sur la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation ayant fixé à 50 ans la limite des capacités procréatives pour les femmes.

[31] Des sanctions pénales sont prévues afin de garantir que les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation ne soient pas violées. Ainsi, le clonage à des fins reproductives, le choix de sexe à des fins eugéniques, le transfert des ovules fertilisés dans des animaux, les modifications du génome humain, ainsi que les démarches de développement des ovules fertilisés après l'écoulement de 14 jours à compter de leur fertilisation sont punis d'une réclusion criminelle d'au maximum quinze ans. V. en particulier l'article 26 de la loi n° 3305/2005.

[32] V. l'article 27 de la loi n° 3305/2005.

L'assistance à la procréation est ouverte uniquement aux couples hétérosexuels[33], mariés ou vivant en union libre, ainsi qu'aux femmes célibataires. Il convient toutefois de relever que l'accès des couples de femmes à l'assistance médicale, même s'il est interdit, n'est pas exclu en pratique[34]. En outre, le consentement des couples vivant en union-libre ou des femmes célibataires –contrairement à ce qui s'applique aux couples mariés– doit revêtir la forme d'un acte notarié en raison de ses conséquences sur le plan de la filiation (art. 1456 § 1 al. 2 C. civ.).

b. Conditions de révocation du projet parental.

Le consentement des personnes ayant exprimé leur volonté d'y recourir est librement révocable jusqu'au moment du transfert de l'embryon dans le corps de la femme. La révocation doit revêtir la même forme que le consentement (art. 1456 § 2 al. 1 C. civ.) et le décès de l'époux ou du conjoint vaut révocation du consentement (article 1456 § 2 al. 2 C. civ.). Contrairement au droit français, ne valent pas révocation le divorce, la rupture de la vie commune ou l'annulation du mariage. Ainsi, si l'époux ne souhaite pas la poursuite du projet parental une révocation explicite de son consentement est requise[35]. Enfin, il reste à noter que le consentement donné après la réalisation de l'insémination ne remédie pas au caractère illicite de la technique[36] ce qui ne signifie pas pour autant que l'établissement de la filiation avec le consentant sera impossible.

Comme nous l'avons souligné ci-dessus, les donneurs n'ont pas le droit d'être rémunérés mais ils ont droit à un dédommagement. En outre, les dépenses du donneur, et précisément celles relatives aux examens médicaux, au transport et au séjour, comme

---

33 Cela ressort d'une lecture combinée des articles 1456 et 1458 du Code civil grec.

34 V. aussi NIKOLOPOULOS D. Panayiotis, « Questions du statut juridique des gamètes cryoconservés, des ovules fertilisés ainsi que de la création de la famille monoparentale par le biais de la procréation médicalement assistée », in *Hommages à Apostolos S. Georgiades*, t. I, Éd. Ant. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 2006, pp. 557-574, spéc. pp. 570-571 [en grec].

35 PAPACHRISTOU C. Athanassios, *Droit de la famille*, 4ème éd., Éd. P. N. Sakkoula/Droit et Économie, Athènes, 2014, p. 213 [en grec]. Toutefois, il apparaît que l'article 7 § 7 de la loi nº 3305/2005 semble permettre une interprétation différente relativement à l'influence du divorce sur l'utilisation du matériel génétique pour les besoins du couple. Selon cette dernière disposition : «*…ainsi que dans le cas d'un désaccord par rapport à leur utilisation [le matériel génétique], d'un divorce, d'annulation du mariage, de séparation ou d'interruption de l'union libre ou de décès et sans préjudice de l'article 1457 CCG, le matériel génétique, les zygotes et les ovules fertilisés sont conservés ou utilisés à des fins de recherche ou thérapeutiques ou sont détruits, selon les termes de l'article 1459 CCG après décision de l'Autorité [sur l'Assistance Médicale à la Procréation], et une demande de la part de la Banque de cryoconservation* ». Sur les problèmes que cette disposition suscite v. en particulier FOUNTEDAKI Katerina, « Legislative and policy issues concerning the donation and use of cryopreserved gametes », in *Medically Assisted Reproduction: Towards a common European legislation?*, colloque organisé par l'Université Aristote de Théssalonique les 24-25 April 2015, Sakkoulas, Thessaloniki, 2015.

36 FILIOS Pavlos, *Droit de la famille*, 3ème éd., Éd. Ant. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 2009, p. 224 [en grec].

d'ailleurs les salaires perdus pendant la période nécessaire pour la préparation et le prélèvement des gamètes peuvent être remboursés. Le montant est fixé par décision de l'Autorité de la Procréation Assistée[37].

3. Le cadre juridique anglais

L'Angleterre s'est dotée d'un cadre juridique détaillé dès 1990. Il s'agit de la Loi sur la Fertilisation et l'Embryologie Humaine (*Human Fertilisation and Embryology Act* ; ci-après LFEH). Des modifications succinctes du cadre juridique ont eu lieu avec la loi sur le clonage procréatif humain de 2001 et la loi sur la Fertilisation et l'Embryologie Humaine (pères décédés) (*Human Fertilisation and Embryology Act*/(*deceased fathers*)) de 2003. Une refonte importante du cadre juridique a eu lieu par la Loi sur la Fertilisation et l'Embryologie Humaine de 2008. Cette loi complète la loi de 1990 et substitue des dispositions entières à certaines de la loi précédente[38]. Il ressort de l'étude de cette législation que l'Angleterre est le pays le plus libéral en Europe en matière d'assistance médicale à la procréation. Toutefois, l'accès aux techniques est strictement encadré et la pratique des centres d'assistance médicale à la procréation est surveillée de près par une autorité indépendante, l'Autorité de la Fertilisation et l'Embryologie Humaine (*Human Fertilisation and Embryology Authority*)[39].

a. Conditions d'accès

En Angleterre, l'accès est ouvert à la plupart des techniques (le clonage reproductif étant exclu (*section* 3 de la LFEH)) d'assistance médicale à la procréation, et à toutes les personnes intéressées, indépendamment de leur orientation sexuelle. La législation se différencie des législations française et grecque en ce que le but thérapeutique ne

---

[37] Article 8 § 5 de la Loi n° 3305/2007. Des doutes quant au caractère de ce dédommagement ont été éxprimés par la Professeur FOUNTEDAKI in «Legislative and policy issues concerning the donation and use of cryopreserved gametes », *op.cit.*, *supra.*

[38] Les références ci-après à la Loi sur la Fertilisation et l'Embryologie Humaine (*Human Fertilisation and Embryology Act*) seront entendues comme des références à la loi comme celle-ci a été modifiée par la loi de 2008. Dans les cas où les dispositions de la loi de 1990 et de 2008 se différencient du fait qu'elles retiennent chacune un champ d'application particulier –comme dans le cas des dispositions en matière de parenté– une mention explicite sera faite dans notre texte.

[39] Il est intéressant de noter que le législateur a également réglementé l'activité des centres fournissant des gamètes pour une utilisation qui ne nécessite pas d'intervention médicale. V. articles 2, 11, 13A de la loi et *paragraph* 1A de Annexe *2*.

constitue pas une condition indispensable pour avoir recours aux techniques d'assistance médicale à la procréation. Toutefois, la rémunération des donneurs, comme dans les deux législations précitées, est interdite (v. sect. 12 (1) (e) de la LFEH). En outre, dispenser un traitement médical d'infertilité à une femme nécessite que le *welfare* (intérêt)[40] de l'enfant soit pris en compte[41]. Cette évaluation inclut les besoins de ce dernier à avoir, au-delà des soins parentaux de sa mère, ceux d'une deuxième personne[42]. En outre, il est requis que le *welfare* d'un autre enfant pour lequel cette naissance pourrait avoir une incidence, soit également pris en considération (*section* 13 (5) de la LFEH). Il faut encore relever qu'en fonction de la technique, des conditions supplémentaires sont requises. Ainsi, il est prévu qu'aucun traitement, nécessitant l'intervention des gamètes d'une personne, la création d'un embryon *in vitro* ou l'utilisation de l'embryon d'une tierce femme (*annexe* 3ZA *part* 1)[43], ne sera permis sans s'être assuré, au préalable, que la femme qui reçoit le traitement et la personne avec qui elle le reçoit soient informés des implications. L'obligation d'information des participants s'étend (*section* 13 (6A) LFEH) aux couples formés d'une femme et d'un homme, ou de deux femmes, dans le cas où les parties impliquées dans le processus ont apporté leur consentement (conformément aux *sect.* 37 (1) et 44 (1) de la LFEH de 2008) pour que le partenaire ne recevant pas de traitement soit considéré comme le parent de l'enfant né (*annexe* 3ZA *part* 2). La teneur de l'information requise doit inclure des renseignements relatifs à l'importance de rendre les enfants conscients très tôt de la dissociation entre leurs liens génétiques et leurs parents en droit ainsi que des informations quant aux méthodes appropriées destinés aux parents souhaitant mettre au courant leurs enfants (*section* 13 (6C) LFEH).

La réglementation de l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation est complétée par un code de bonne pratique qui est actualisé régulièrement (*section* 25 (4) LFEH). Le principe de *welfare* (*section* 25 (2) LFEH) ainsi que le caractère approprié des consultations et des informations fournies aux participants à une procréation assistée seront évalués à la lumière de ce code (sect. 25 (2A) LFEH ; disposition adoptée par la LFEH 2008).

---

[40] Le terme *welfare* n'a pas été traduit en raison de sa signification particulière en droit anglais (La Cour européenne dans l'arrêt *Evans* le traduit comme intérêt : CEDH, 4e section, 7 mars 2006, *Evans c/Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, n° 26). Celui-ci pose dans ce contexte de problèmes d'interprétation ; v. en ce sens MORGAN Derek, LEE G. Robert, *Human Fertilisation & Embryology, Regulating the Reproductive Revolution*, Blackstone Press Limited, London, 2001, pp. 159-167.

[41] DE SAINT-PERN Laure, « Le droit anglais », in *La famille en mutation, Archives de Philosophie du droit*, t.57, DALLOZ, 2014, pp. 413-424, spéc. p. 415, n° 8.

[42] La disposition avant sa modification par la loi de 2008 faisait référence au besoin de l'enfant d'avoir un père («*including the need of that child for a father* »).

[43] Ladite annexe a été adoptée par la loi de 2008.

Il faut ajouter que l'obligation de consultation des femmes souhaitant avoir accès à une technique d'assistance vise aussi le cas de figure de l'auto-insémination des femmes se procurant du sperme de donneurs par le biais des centres spécialisés dans la fourniture des gamètes (sect. 13A (3) LFEH). En l'absence d'une telle consultation, il est défendu au centre de dispenser les services sollicités. Toutes ces procédures de consultation nécessitent le consentement des personnes participantes à une assistance à la procréation.

Les conditions de consentement sont réglementées en détail pour toute technique ou procédé impliquant l'utilisation des gamètes ou des embryons (v. annexe 3 par. 1 & par. 2 (1) & par. 3). Ainsi, indépendamment de l'opération pour laquelle le consentement est requis, une série de conditions générales doivent être réunies. En particulier, le consentement doit être apporté par écrit et signé par la personne concernée (annexe 3 par. 1 (1)). Le consentement doit être éclairé, ce qui signifie la possibilité pour la personne concernée de recevoir une consultation quant aux implications de la procédure dans laquelle elle s'engage (annexe 3 par. 3) et quant aux possibilités de révocation du consentement (annexe 3 par. 3 (2)). Il faut, en outre, pour ce qui concerne les procédés impliquant l'utilisation d'un embryon, préciser dans le consentement le but exact pour lequel celui-ci est fourni (annexe 3 par. 2 (1)). Le consentement à la conservation des gamètes ou d'un embryon doit préciser la durée de leur conservation –s'il est prévu que celle-ci sera inférieure à la durée légale–, ainsi que le sort de l'embryon en cas de décès ou de survenance d'un événement rendant juridiquement incapable la personne consentante (annexe 3 par. 2 (2) (a), (b) ; v. aussi par rapport aux personnes dont le consentement est requis l'Annexe 3 par. 8).

Enfin, le consentement du donneur ou de la donneuse est aussi requis (annexe 3 par. 5 (1), (2) ; en ce qui concerne une donneuse d'embryon v. annexe 3 par.7 LFEH) pour que leurs gamètes soient utilisés dans le cadre d'un projet médical –voire non médical– d'assistance à la procréation. Le consentement des personnes participant à un projet impliquant l'utilisation de leurs gamètes doit exister à chaque étape. Il faut donc un consentement à l'utilisation des gamètes dans le but de créer un embryon (annexe 3 par. 6 (1)) mais également à l'utilisation subséquente de l'embryon ainsi créé (Annexe 3 par. 6 (3)). Par conséquent, les individus associés à un projet devront apporter leur consentement à chaque étape du processus non seulement avec leur intention, mais aussi avec leurs gamètes. Enfin, les gamètes des mineurs peuvent également être utilisés avec le consentement de leurs parents dans des cas de figure limitativement prévues par la loi (annexe 3 par. 6 (3ZA), par. 9, par. 10, par. 15A).

b. Conditions de révocation du projet parental.

Le consentement et les conditions dans lesquelles celui-ci a été fourni peuvent, à l'instar de toute autre législation, soit être révoqués, soit être modifiés (annexe 3 par. 4 (1)) à tout moment jusqu'à l'utilisation de l'embryon (annexe 3 par. 4 (2)). La révocation du consentement doit être effectuée auprès de la personne conservant les gamètes ou l'embryon (annexe 3 par. 4 (1) & par. 4A (1) (c)). La personne responsable de la conservation de l'embryon doit prendre toutes les mesures nécessaires pour notifier la révocation aux autres personnes associées à sa conservation (annexe 3 par. 4A (2) (3)) & art. 14 (6D) et (6 E) LFEH). En outre, il faut distinguer deux types de consentement. Le premier concerne les personnes participant à un projet parental impliquant un traitement médical avec leurs gamètes. Dans ce cas, le fait qu'une personne –ayant une relation intime avec la personne qui reçoit le traitement– participe avec ses gamètes (ceci concerne uniquement les hommes) signifie que la révocation du consentement équivaudra à la cessation dudit projet médical. Le deuxième type de révocation concerne celle du consentement d'un partenaire, –homme ou femme– à être considéré comme le deuxième parent de l'enfant qui sera issu d'un traitement impliquant le matériel génétique d'une tierce personne (v. *sections* 37 (1) (c) et 44 (1) (c) de la LFEH de 2008). Dans ce dernier cas, la personne qui sera informé de la révocation du consentement peut très bien continuer son traitement médical avec les gamètes existants. Le changement d'avis du partenaire affectera uniquement la détermination de la parenté en droit.

B. LES EFFETS DES TECHNIQUES

Nous avons vu précédemment comment l'accès à la procréation assistée fait souvent l'objet d'une réglementation détaillée. Il est maintenant nécessaire d'étudier les effets des techniques, en particulier sur la création des liens de filiation. Dans le même temps, nous tenterons de cerner les fondements de ces liens. La création du lien de filiation dépend en grande partie des conditions d'accès que nous venons d'examiner. Il faut toutefois préciser que la violation de ces conditions d'accès aux techniques d'assistance n'affecte pas toujours la détermination de la filiation. Il n'en reste pas moins que dans certaines législations, la violation de certaines d'entre-elles peut, soit empêcher la création du lien de filiation, soit ouvrir la voie à la contestation de ce lien. Seront examinés le cadre juridique français (1), le cadre juridique grec (2) et le cadre juridique anglais (3). L'aperçu

de ces systèmes portera, dans un premier temps sur les fondements et l'établissement de la filiation (a) et, dans un second temps sur la contestation de la filiation (b).

1. Le cadre juridique français

a. Fondements et établissement de la filiation

En droit français, le lien génétique entre parents et enfant constitue un des fondements principaux du lien de la filiation. Toutefois, l'existence d'un lien génétique ne constitue pas le fondement exclusif pour l'établissement d'un lien de filiation[44]. Ainsi, les liens de parenté créés à la suite d'une procréation médicalement assistée avec donneur qui concernent le mari ou le compagnon, reposent principalement sur l'intention et sur une réalité qu'on pourrait qualifier d'affective. Dans ces cas de figure, l'intention et la réalité affective viennent justifier la création juridique de ce lien de filiation. L'intention, inhérente déjà dans la philosophie des institutions comme la possession d'état, sert de nouveau de soubassement à l'établissement du lien de filiation de la personne qui n'est pas liée génétiquement avec l'enfant. Afin que l'exception à la nécessité du lien génétique puisse développer ses conséquences sur le plan de la filiation, une dérogation au droit commun de la filiation a été prévue. Celle-ci concerne, d'une part les conditions d'établissement de la filiation et, d'autre part les conditions de contestation de la filiation. Ainsi, s'agissant d'une procréation avec un donneur, l'époux dont l'apport au projet parental n'est qu'affectif, est fondé à faire établir sa filiation grâce à son engagement dans le projet parental. Cet engagement est attesté, principalement, par son consentement à un projet parental réalisé sans son matériel génétique. En parallèle, l'article 311-20 al. 2 du Code civil exclut toute possibilité de contestation sur le fondement de l'absence de lien génétique. Observons maintenant les voies d'établissement de la filiation suite à la procréation médicalement assistée.

La filiation des enfants issus d'une procréation médicalement assistée s'établit, tout d'abord, par les moyens du droit commun de la filiation[45]. Ainsi, s'agissant d'une assistance médicale à la procréation, effectuée au sein d'un couple marié, la filiation maternelle est établie par l'acte de naissance (art. 311-25 C. civ.) tandis que la filiation

---

44 MALAURIE Philippe, FULCHIRON Hugues, *Droit de la famille*, 5ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2016, p. 428, n° 949, p. 431, n° 955, p. 432, n°s 957-958.

45 MALAURIE Philippe, FULCHIRON Hugues, *Droit de la famille*, 5ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2016, p. 483, n° 1053.

paternelle est établie par la présomption *Pater is est* (art. 312 C. civ.). Des complications peuvent apparaître lorsque l'enfant a été enregistré sans indication du mari en qualité de père[46]. Dans ce cas, les voies du droit commun de la famille, à savoir la reconnaissance (art. 316 C. civ.), la possession d'état (art. 317 et 311-1 C. civ.) et l'action en recherche de paternité (art. 327 C. civ.) permettent de faire établir la filiation. Lorsque l'assistance médicale s'effectue au sein d'un couple non marié, l'établissement de la filiation se différenciera, uniquement s'agissant du lien paternel. Celle-ci pourra être établie, soit par le biais d'une reconnaissance (art. 316 C. civ), soit par le biais de la possession d'état (art. 317 C. civ.) et encore par le biais d'une action en recherche de paternité. Il faut ajouter que la reconnaissance peut être anténatale, ce qui remédie à presque tous les problèmes éventuels[47]. En outre, l'incertitude quant à la filiation paternelle dans des couples vivant en union libre est résolue par l'adoption des dispositions de l'article 311-20 du Code civil. Selon l'article 311-20 al. 4 du Code civil, celui qui ne reconnaît pas l'enfant après avoir consenti à l'assistance médicale engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant et peut voir sa filiation judiciairement déclarée suite à une action exercée conformément aux articles 328 et 331 du Code civil (art. 311-20 al. 5 C. civ)[48]. Enfin, il faut relever que l'article 311-19 du Code civil complète la réglementation des liens de filiation des enfants nés avec un don de matériel génétique, en ce qu'il exclut de manière catégorique toute possibilité de faire établir un lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant né de l'assistance à la procréation.

b. Contestation de la filiation

Le premier cas de figure de contestation de la filiation concernant les situations où l'enfant n'est pas issu d'une assistance médicale à la procréation ne constitue pas un motif propre à l'assistance à la procréation. En effet, une telle filiation peut également être contestée en raison du principe de vérité biologique du droit commun de la filiation. Le lien avec la procréation médicalement assistée résulte du fait que l'une des parties à la

[46] GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Filiation de l'enfant conçu par procréation assistée avec don de gamètes : dispositions spéciales », in *DROIT DE LA FAMILLE* (sous la dir. de MURAT Pierre), Dalloz, Paris, 2007, pp. 595-602, n° 215.00-215.28 et spéc. p. 602, n° 615.24.

[47] La différentiation dans le mode d'établissement de la paternité entre couples mariés et non mariés pourrait être tenue comme discriminatoire. Si l'homme associé au projet parental n'a pas démontré la prudence suffisante à reconnaître son enfant avant sa naissance, des problèmes surgiront dans le cas où celui-ci décède sans avoir pu le reconnaître.

[48] Modification apportée par l'Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

procréation en cause font semblant d'entrer dans ce régime particulier afin d'immuniser la filiation établie.

La contestation du lien de filiation est également possible dans le cas d'une procréation avec donneur lorsque le consentement du conjoint a été privé d'effet. L'article 311-20 al. 3 du Code civil précise que

> *« Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme la révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance ».*

En outre, les époux ou les concubins peuvent contester la filiation quand leur consentement est nul en raison d'erreur ou de dol, dont la preuve, néanmoins, est difficile à apporter[49]. Enfin, il faut retenir que les actions en contestation du lien de filiation doivent être exercées dans un délai de dix ans. L'article 321 du Code civil prévoit que :

> *« Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. À l'égard de l'enfant ce délai est suspendu pendant sa minorité ».*

2. Le cadre juridique grec

a. Fondements et établissement de la filiation

En droit grec, une place importante est attribuée aussi bien au lien génétique qu'à l'intention en tant que fondements d'établissement des liens de filiation. L'intention des personnes, déjà sous-jacente en tant que fondement dans les dispositions concernant la reconnaissance et les fins de non-recevoir pouvant être invoquées dans le contexte des actions relatives à la filiation, se trouve renforcée avec la loi n° 3089/2002 sur l'assistance

[49] CARBONNIER Jean, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, le couple*, PUF, Paris, 2004, p. 984-985.

médicale à la procréation. Cette loi consacre de manière explicite une filiation qu'on qualifie de socio-affective[50].

La filiation de l'enfant né par procréation assistée ne diffère pas quant à ses effets concernant la filiation par rapport à ceux des enfants nés par procréation charnelle. Toutes les dispositions relatives aux droits et aux obligations des parents et des enfants, comme d'ailleurs sur l'attribution du nom ou sur la succession trouvent application.

L'établissement de la filiation à l'occasion d'une assistance médicale à la procréation est en principe garanti avant même l'entreprise du procédé. Ainsi, comme en droit commun de la famille, la filiation maternelle se déduit, à l'exception de la gestation pour autrui, du fait de l'accouchement (art. 1463 al. 1 C. civ. grec). En ce qui concerne la filiation paternelle, celle-ci est établie par le biais de la présomption de la naissance de l'enfant dans le mariage (art. 1465 C. civ. grec). Dans le cas où le couple qui a recours à l'assistance médicale à la procréation n'est pas marié, l'article 1475 al. 2 du C.civ. grec prévoit que :

> *« Le consentement notarié de l'homme à l'insémination artificielle visé par l'article 1456 al. 1 b, tient lieu de reconnaissance volontaire. Le consentement donné par la femme vaut aussi consentement de sa part à la reconnaissance volontaire. »*

La réglementation de la paternité est complétée par l'article 1471 al. 2.2 C. civ. grec qui refuse à l'homme ayant consenti à l'insémination hétérologue de sa conjointe la possibilité de contestation de sa paternité[51].

En outre, l'article 1460 du Code civil imposant l'anonymat des donneurs exclut en principe toute possibilité d'établissement de la filiation avec des donneurs. Cependant, si, malgré la loi, ces derniers arrivent à connaître l'identité des enfants, il leur reste la possibilité de procéder à une reconnaissance volontaire à condition que la mère des

---

[50] KOUNOUGERI-MANOLEDAKI Efie, *Droit de la famille*, t. II, 4ème éd., Éd. Sakkoulas, Athènes-Théssalonique, 2008, pp. 134-135 [en grec] ; PAPACHRISTOS Athanasios, « Le droit hellénique de la filiation : parenté biologique et parenté socio-sentimentale », (Rapport hellénique au congrès de la Société du Droit Comparé : Utrecht, juillet 2006), *RHDI* 2006, pp. 52-63.

[51] Art. 1471 du C. civ. grec : « *La contestation de paternité est également exclue après le décès de l'enfant, sauf si l'action y relative avait déjà été intentée. Ne peuvent exercer l'action en contestation de la paternité:*
1. le mari de la mère, s'il a reconnu que l'enfant est issu de lui avant que la décision concernant la contestation ne soit devenue irrévocable;
2. tous les ayants droit visés à l'article 1469, si le mari a consenti à l'insémination artificielle de son épouse ». La traduction des articles du Code civil a été faite à l'occasion de la 2ème Journée des juristes européens qui a eu lieu à Athènes. Dans cette traduction des articles 1456 et 1471 les traducteurs utilisent de manière indifférenciée le terme consentement. Cependant, dans le Code civil, l'article 1456 emploie le terme «*συναίνεση*» (synenessi), tandis que dans l'article 1471 § 2 le terme «συγκατάθεση» (sygatathessi) a été choisi. Ce dernier correspond plutôt au terme français approbation, à savoir l'accord qui s'opère après la mise en œuvre du fait auquel nous consentons.

enfants y acquiesce[52]. Le consentement requis de la mère fonctionnera comme soupape de sûreté dans des cas où l'anonymat n'est pas préservé. Cependant, si la mère décède, un donneur peut mettre en avant sa relation biologique avec l'enfant pour obtenir la responsabilité parentale. C'est pourquoi, contrairement à la reconnaissance volontaire, la reconnaissance judiciaire par le donneur est exclue (art. 1479 al. 2 C. civ. grec).

b. Contestation de la filiation

Le formalisme imposé par la loi en ce qui concerne les conditions relatives à l'accès à l'assistance médicale à la procréation fait que l'apparition des cas de figure de contestation des liens de filiation sera rare. En ce qui concerne la filiation avec la mère, on constate qu'une telle contestation n'est pas envisageable, même si un embryon autre que le sien lui est implanté. En ce qui concerne le conjoint, une possibilité de contestation peut apparaître si le consentement fourni est vicié ou inexistant. Ce dernier cas de figure est possible si le couple est marié et la femme recourt à la procréation assistée sans le consentement du mari. La filiation paternelle sera établie en raison de la présomption du mariage mais cette filiation peut être contestée[53].

3. Le cadre juridique anglais

a. Fondements et établissement de la filiation

Avant de procéder à l'examen des dispositions relatives à la filiation certaines clarifications s'imposent par rapport à sa conception en droit anglais. En droit anglais, l'institution de la filiation ne s'identifie pas à celle des pays de tradition civiliste[54]. Ainsi,

---

[52] PAPACHRISTOS Athanasios, « Le droit hellénique de la filiation : parenté biologique et parenté socio-sentimentale », (Rapport hellénique au congrès de la Société du Droit Comparé : Utrecht, juillet 2006), *RHDI* 2006, pp. 52-63, spéc. p. 56, n° 2.2.2 ; article 1475 α Code civil grec : « *Le père peut reconnaître comme sien un enfant né hors mariage, si la mère y consent* ». Ce scénario peut se réaliser si un couple a recours dans un pays où il est permis d'avoir accès aux données identifiant le donneur.

[53] En particulier en ce qui concerne les conditions de validité et les conséquences de la nullité du consentement v. SKORINI-PAPARIGOPOULOU Foni, *Commentaire du Code civil Georgiadi-Stathopoulou*, t. VII, articles 1455-1456, Droit et Économie-P. N. Sakkoula, Athènes, 2007, pp. 550-582, spéc. p. 564, n° 66, pp. 564-578, n^{os} 67-135 [en grec].

[54] V. l'analyse de FORDER Caroline, SAARLOOS Kees, « The Establishment of Parenthood : A Story of Successful Convergence ? », in Convergence and Divergence of Family Law in Europe (Antokolskaia Masha éd.), Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2007, pp. 169-235, spéc. pp. 187-190.

une des différences substantielles tient à ce qu'en droit anglais, l'existence d'un lien de parenté ne conduit pas à l'attribution automatique de la responsabilité parentale[55]. L'attribution de cette dernière varie selon si le lien de filiation résulte du fait que l'enfant est né dans le mariage et dispose d'un lien génétique avec le père ou pas[56]. Dans le premier cas, les deux membres du couple sont investis automatiquement de la responsabilité parentale tandis que, dans le second, la responsabilité parentale est reconnue automatiquement en faveur seulement de la mère (art. 1 et 2 (1), (2) du *Children Act* 1989)[57]. Cela ne signifie pas pour autant que le lien de parenté soit privé de tout effet dans ces circonstances. Chaque parent a l'obligation de subvenir aux besoins de son enfant. En outre, les droits de succession ainsi que les dispositions concernant l'inceste et les limites au droit de se marier en raison d'alliance sont applicables à la seule condition de la constatation du lien de parenté[58]. Il convient de dire à cet égard que le lien de parenté avec la mère repose sur le fait de l'accouchement, tandis qu'en ce qui concerne le père, le fondement de la parenté repose sur le lien génétique avec l'enfant, à l'exception de l'hypothèse de l'assistance médicale à la procréation avec l'apport d'un donneur[59].

Plus précisément, d'après la *section* 33 (1) de la LFEH de 2008, seule la femme ayant porté l'enfant résultant d'un autre procédé d'assistance à la procréation est considérée comme la mère légale. Cela vaut indépendamment de son lien génétique avec celui-ci. D'ailleurs, le fondement de la détermination de la paternité en Angleterre est le lien génétique entre l'enfant et son père, ce qui fait que l'homme dont le sperme est utilisé pour la fertilisation d'un ovule est considéré comme le père en droit. Ainsi, dans le cas d'une technique de fertilisation endogène, il n'existe pas de problème de

---

55 HERRING Jonathan, *Family law*, 4ème éd., Pearson Education, Essex, 2009, pp. 326-327.

56 LOWE Nigel, DOUGLAS Gillian, *Bromley's Family Law*, 11ème éd., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 368, 373.

57 Les autres modes d'attribution de la responsabilité parentale au père sont : i. L'enregistrement du père dans le certificat de naissance de l'enfant (*sect.* 4 *Children Act* 1998), ii. L'attribution par le biais d'un accord avec la mère, iii. L'attribution de la responsabilité parentale par le biais d'une décision (*sect.* 4 *Children Act* 1989), iv. L'obtention d'un *residence order* (*sect.* 12 (2) *Children Act* 1989), v. La désignation d'un homme comme gardien de l'enfant (art. 5(6) *Children Act* 1989), vi. L'adoption de l'enfant, vii. Le mariage avec la mère de l'enfant, viii. La désignation dans un *child arrangements order*, soit comme une personne avec laquelle l'enfant est censé de vivre avec, soit comme une personne avec laquelle l'enfant est censé d'avoir un contact ou passer du temps avec ; pour plus de détails v. HERRING Jonathan, *Family law*, 4ème éd., Pearson Education, Essex, 2009, pp.356-363 ; LOWE Nigel, DOUGLAS Gillian, *Bromley's Family Law*, 11ème éd., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 368-380.

58 LOWE Nigel, DOUGLAS Gillian, *Bromley's Family Law*, 11ème éd., Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 274; BAINHAM Andrew, *Children, The modern law*, 3ème éd., Family law, Bristol, 2005 pp. 118-119; V. aussi plus en detail: HERRING Jonathan, Family law, 4ème éd., Pearson Education, Essex, 2009, pp. 411-412.

59 LOWE Nigel, DOUGLAS Gillian, *Bromley's Family Law*, 11ème éd., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 244-256; BAINHAM Andrew, *Children, The modern law*, 3ème éd., Family law, Bristol, 2005, p.129.

détermination du père puisque le lien génétique est suffisant pour l'établissement de la filiation, qu'il soit dans un mariage ou au sein d'une union libre.

Cependant, des exceptions sont apportées à la règle du lien génétique afin de couvrir les cas de figure où le projet parental nécessite le matériel génétique d'un donneur. Ces projets parentaux peuvent s'inscrire, soit dans un mariage, soit en dehors du mariage. Dans le premier cas, l'époux est considéré comme le père à condition que le traitement ait eu lieu au moment où la femme traitée était mariée et que l'époux ait consenti à l'implantation ou l'insémination artificielle de son épouse (*sect.* 35 (1) LFEH de 2008). Dans le second cas, pour que le lien parental du partenaire puisse être établi il faut tout d'abord qu'aucun autre homme puisse être considéré comme le père selon la *section* 35 ou la *section* 38 (2) de la LFEH 2008. Il faut en plus que le traitement médical ait eu lieu au Royaume-Uni par une personne agréée (*sect.* 36 (a)) LFEH 2008), que le partenaire au moment du traitement, à savoir de l'implantation d'un embryon ou de sperme et d'ovule, remplissait les *« agreed fatherhood conditions »* (*sect.* 36 (b) LFEH 2008) et qu'il était vivant (*sect.* 36 (c) LFEH 2008). Les *« agreed fatherhood conditions »* requièrent que l'homme consente par écrit (*sect.* 37 (2) LFEH 2008) à être traité comme le père de l'enfant tout en notifiant ce consentement à la personne responsable[60]. La femme, pour sa part, doit aussi avoir consenti à ce que cet homme soit considéré comme le père de l'enfant et les deux conjointement ne doivent pas revenir sur leur volonté exprimée (*sect.* 37 (1) LFEH 2008). L'homme peut révoquer son consentement en le notifiant à la personne responsable tandis que la femme peut, soit révoquer son consentement à ce que cet homme soit traité comme le père de l'enfant, soit notifier à la personne responsable sa volonté qu'une autre personne, homme ou femme, soit considérée comme le deuxième parent (*sect.* 37 (1) (d) LFEH 2008). Enfin, une autre condition est que les deux partenaires ne soient pas liés par un lien familial interdit (*sect.* 37 (1) (e) LFEH 2008). Il est intéressant de relever que la *section* 38 (2) de la LFEH 2008 accorde une priorité aux liens parentaux fondés sur le mariage par rapport à ceux qui reposent sur la volonté des parties. Il ressort de cette solution que la femme qui reçoit l'assistance à la procréation a un pouvoir de disposition de la parenté plus considérable que celui de son partenaire qui est engagé dans la

[60] Avec ces dispositions le législateur anglais vient dissiper le doute par rapport au sens du terme « *se livre au traitement avec sa compagne* » (trad. par CALLUS Thérèse, « De l'anonymat assuré à l'anonymat affaibli : La (R)évolution du droit anglais en matière de procréation médicalement assistée », in *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international* (sous la dir. de FEUILLET-LIGER Brigitte), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 179-192, et spéc. p. 183 du terme « *in the course of treatment services provided for her and a man together* ») de la *section* 28 (3) (a) de la loi du 1990. L'identification du parent dépend désormais expressément d'une déclaration de sa part en ce sens.

démarche de procréation artificielle[61]. Le conflit entre le partenaire à l'origine du projet parental et celui se présentant ultérieurement est résolu en faveur du deuxième, si telle est l'intention de la mère, indépendamment de l'engagement que le premier pourrait avoir démontré. Cette solution qui semble être identique aux autres législations examinées est critiquable[62].

L'effet des exceptions du droit anglais relatives à la portée du lien génétique dans l'identification de la parenté ne peut pas être étendu. En conséquence, si un donneur autorisé fournit son sperme en dépit de l'absence d'autorisation, il sera censé être le père de l'enfant[63]. L'interprétation de ces dispositions est étroite comme le démontre l'affaire *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust* v *A*[64] En l'espèce, un homme avait consenti à l'utilisation de son sperme par son épouse, mais celui-ci a été utilisé accidentellement pour une autre femme. L'homme a été considéré comme le père des jumeaux nés de cette technique, parce que l'utilisation faite de son sperme n'était pas conforme aux exigences légales portant sur le consentement.

b. Contestation de la filiation

Nous avons souligné ci-dessus la différence entre la parenté et la responsabilité parentale. Il faut donc s'interroger non seulement sur la contestation de la parenté, mais aussi sur le retrait de la responsabilité parentale. En ce qui concerne cette dernière hypothèse, notons que les juges résolvent les différends relatifs à la responsabilité parentale en se fondant sur le principe du *welfare* de l'enfant (*sect.* 1(1) *Children Act* 1989)[65]. Selon ce principe, le lien de parenté ne joue pas toujours un rôle décisif dans l'attribution de la responsabilité parentale. Toutefois, la détermination du lien de parenté ou sa contestation nécessite une déclaration judiciaire de parenté (*sect.* 55A *Family Law Act* 1986). La contestation peut avoir lieu, soit dans le cas où le supposé père n'est pas le père biologique, soit dans le cas

[61] Les solutions du droit anglais sont caractéristiques d'une conception, dans laquelle la filiation paternelle est subsidiaire à celle de la mère. V. sur la prépondérance des choix de la mère quant au coparent v. aussi DE SAINT-PERN Laure, « Le droit anglais », in *La famille en mutation, Archives de Philosophie du droit*, t.57, DALLOZ, 2014, pp. 413-424, spéc. p. 416, n° 15.

[62] Pour une discussion pareille mais dans un autre contexte v. HERRING Jonathan, *Family law*, 4ème éd., Pearson Education, Essex, 2009, p. 334.

[63] Tel était le cas dans l'affaire *Re M (Sperm Donor Father)* où un homme avait répondu à la publicité d'un couple des lesbiennes : 2003, *Fam. Law*, 94.

[64] [2003], EWHC 259 (QB), [2003] 1 *FLR* 1091.

[65] Art. 1(1) *Children Act* 1989 : « *When a court determines any question with respect to-*
(a) the upbringing of a child; or
(b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it,
the child's welfare shall be the court's paramount consideration »; Pour plus de details quant à la teneur du principe v. entre autres: HERRING Jonathan, *Family law*, 4ème éd., Pearson Education, Essex, 2009, pp. 418-421.

où sa paternité ne repose pas sur les conditions de la LFEH 2008. Parmi ces circonstances, figure celle où le consentement du conjoint à la technique d'assistance à la procréation fait défaut. Les raisons à l'appui d'une contestation n'ont pas de valeur absolue puisqu'un tribunal peut refuser d'entendre l'affaire, s'il conclut que cela nuit à l'intérêt de l'enfant (*sect.* 55A (5) *Family Law Act* 1986)[66]. Enfin, toute personne ayant un intérêt caractérisé peut déposer une requête en vue d'une déclaration judiciaire de parenté (*sect.* 55A (1), (3) *Family Law Act* 1986). Une telle personne peut, au-delà du cercle étroit des personnes directement concernées –enfant, mère, père biologique– être un membre de la famille revendiquant un droit à la succession[67].

§ 2. Techniques et procédés dépassant le modèle de la procréation naturelle

Il sera ici question de deux processus d'assistance à la procréation qui affectent la conception des liens de filiation telle qu'elle a été développée au cours des siècles derniers dans les sociétés occidentales. Seront examinés successivement l'accès des couples homosexuels à l'assistance à la procréation, et l'accès à des techniques de procréation entreprises *post mortem*. Nous examinerons successivement les conditions d'accès à ces techniques et procédés (A) et les effets de cet accès (B).

A. LES CONDITIONS D'ACCÈS AUX TECHNIQUES

Notre attention sera en porté, dans un premier temps sur les conditions d'accès à la procréation assistée pour des couples de femme (1) et, dans un second temps sur les conditions d'accès à un procédé de procréation *post mortem* (2).

---

[66] FORDER Caroline, SAARLOOS Kees, « The Establishment of Parenthood: A Story of Successful Convergence? », in Convergence and Divergence of Family Law in Europe (Antokolskaia Masha éd.), Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2007, pp. 169-235, spéc. p. 210-211.

[67] FORDER Caroline, SAARLOOS Kees, « The Establishment of Parenthood… », *ibid*, spéc. pp. 211-212; BAINHAM Andrew, *Children, The modern law*, 3ème éd., Family law, Bristol, 2005, p. 190.

1. L'ouverture de l'accès aux techniques aux couples de même sexe

L'homoparentalité ne constitue pas une donnée vraiment nouvelle. Des parents homosexuels ont déjà eu des enfants en faisant partie de familles à l'origine hétérosexuelles[68]. Depuis, les techniques d'assistance médicale ont permis aussi aux couples de même sexe d'obtenir des enfants génétiquement liés à eux. Des démarches dans ce sens ont déjà été effectuées notamment par des couples de femmes. Toutefois, même des couples d'hommes ont eu la possibilité d'y recourir[69]. La procréation médicalement assistée est toutefois un des moteurs principaux de la formation des familles homosexuelles, d'une part en ce qu'elle permet un accès facilité surtout aux femmes homosexuelles (création d'un embryon avec donneur), et d'autre part en ce qu'elle donne la possibilité de créer un lien biologique, en même temps, avec les deux membres d'un couple de même sexe, hommes ou femmes. Ceci peut être le cas notamment de deux femmes[70] procédant à une insémination *in vitro* sans que cela soit vraiment nécessaire. Ainsi, dans ce cas, malgré l'absence de problèmes de fertilité, l'une d'entre elles offre l'ovule et l'autre porte l'enfant[71]. Il faut enfin relever qu'il est désormais possible de concevoir un enfant avec le matériel génétique des deux femmes[72].

---

[68] Des mères homosexuelles ont été pour longtemps une minorité invisible, dont le nombre aux États-Unis seulement a été estimé les années 90 entre 1 et 5 millions : V. en ce sens BAETENS P., BREWAEYS A., « Lesbian couples requesting donor insemination : an update of the knowledge with regard to lesbian mothers », *Human Reproduction Update*, Vol. 7, n°5, 2001, pp. 512-519, spec. p. 512

[69] Il existe encore la possibilité d'avoir deux hommes génétiquement liés avec un enfant mais ce procédé présente beaucoup plus d'incertitudes sur le plan médical. La situation n'est pas pour autant inédite. Le 9 décembre 1999 des jumelles sont nées en Californie d'une mère porteuse, résultat du transfert d'un embryon créé par un ovule donné et le sperme mixte d'un couple d'hommes homosexuels britanniques. Les juges au Royaume-Uni les ayant déboutées de leur demande d'effectuer un tel projet parental, ils y ont eu recours aux États-Unis. Le tribunal de Californie a reconnu comme parents le couple d'Anglais tandis que le droit anglais a reconnu comme mère légale la mère porteuse et son époux HOWE W. Ruth-Arlene, « Parenthood in the United States », in *Cross Currents, Family Law and Policy in the United States and England*, Éd. Par Katz. N. Sanford/Eekelaar John/ Maclean Mavis, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 187-209 et spéc. p. 199, note 64.

[70] V. CHEMIN Anne, « Un début d'assise juridique pour l'homoparentalité », *Le Monde*, 11.01.08 : en décembre 2007 deux femmes homosexuelles qui sont chacune mère d'un enfant ont obtenu une délégation d'autorité parentale sur l'enfant de l'autre par le juge aux affaires familiales du tribunal de Lille). Autre exemple d'un double rattachement biologique avec un couple de de personnes de même sexe serait celui d'un couple de femmes dans lequel l'une des deux femmes donnerait naissance à l'enfant qui serait génétiquement rattaché à la seconde (La question a déjà fait son apparition v. BELLUCK Parm & LIPTAK Adam, « Split Gay Couples Face Custody Hurdles: Judges Lack Road Maps for Laws Unintended for Same-Sex Unions », *N.Y. TIMES*, Mar. 24, 2004, p. A18 : en l'espèce il s'agissait d'une dispute entre un couple de femmes à la suite de la dissolution de leur relation. La dispute était liée à l'enfant accouché par l'une des conjointes tout en ayant un lien génétique avec l'autre. À défaut de reconnaissance d'un double lien de filiation monosexué, la première femme pourrait être la mère légale dans un ordre juridique, par exemple en France, tandis que la seconde femme le serait dans un autre ordre juridique, par exemple un État des États-Unis.

[71] Sur la controverse provoquée par l'utilisation de cette technique aux Pays-Bas v. DONDORP W.J., De WERT G.M. et JANSSENS P.M.W., « Shared lesbian motherhood: a challenge of established concepts and

Il en ressort que la naissance d'enfants au sein des couples de même sexe est à l'origine des problèmes relatifs à l'établissement d'un double lien de filiation monosexué. Certaines législations ont tenté de limiter l'accès aux couples hétérosexuels et la majorité des pays ne prévoit pas la possibilité de création d'un tel lien de filiation. Il devient, toutefois, de plus en plus clair qu'il est impossible d'empêcher, surtout les couples de femmes, d'accéder à l'assistance médicale à la procréation et par conséquent de ne pas leur reconnaître certains droits de parenté ou au moins certains droits et obligations parentales comme ceux qui sont liés à la responsabilité parentale. Ceci devient de plus en plus évident, étant donné la facilité des personnes à se déplacer, et même la possibilité de l'auto-insémination[73]. Ainsi, certains pays ont progressivement utilisé l'adoption pour créer un double lien de filiation en faveur de deux femmes. D'autres ordres juridiques ont choisi de légiférer en créant un nouveau type de parenté en faveur de deux femmes. Le Québec a été le premier territoire à formaliser cet accès et à prévoir directement des effets pour les couples de femmes[74]. L'Angleterre (depuis 2008) et la Suède (depuis 2005) l'ont également permis. Enfin la Belgique avait, la première, consacré cette possibilité en pratique. La loi du 5 mai 2014 portant sur l'établissement de la filiation de la coparente a institutionnalisé cette possibilité[75]. En Europe, cette possibilité existe aussi en Espagne,[76]

---

frameworks », *Human Reproduction*, 2010, Vol.25, nº 4, pp. 812–814; v. aussi MARINAL S., MARINAL D., MARINAL F., FOSASL N., GALIANA N., and JOVE I., « Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers, a new IVF indication », *Human Reproduction*, 2010, Vol. 25, nº 4 pp. 938–941.

[72] Il s'agit d'une technique qui a récemment été autorisée au Royaume-Uni pour faire face à des maladies liées à des mutations affectant l'ADN des mitochondries. Cette technique consiste à combiner l'œuf créé avec l'apport d'un ovocyte d'une donneuse avec le noyau cellulaire d'un œuf créé avec l'ovocyte de la mère. Son intérêt tient en ce qu'il permet de conserver le patrimoine génétique maternel situé dans le noyau cellulaire. V. BENKIMOUN Paul, « Les députés britanniques autorisent la conception de bébés à partir de trois ADN », *Le Monde*, 25/02/2015 consultable sur :
<http://www.lemonde.fr/medecine/article/2015/02/03/vers-des-bebes-a-trois-adn-au-royaume-uni_4569028_1650718.html> dernière visite le 12.10.2016.

[73] BAETENS P., BREWAEYS A., « Lesbian couples requesting donor insemination : an update of the knowledge with regard to lesbian mothers », *Human Reproduction Update* 2001, vol. 7, n°5, pp. 512-519, spec. p. 513.

[74] Un des exemples intéressants est aussi celui de Californie et d'autres États aux Etats-Unis où en l'absence de provisions explicites quasiment tout est permis. L'absence des provisions fait que les tribunaux sont souvent confrontés à des questions de détermination, soit de la parenté, soit plus généralement du statut des personnes participant dans une démarche d'assistance à la procréation au sein d'un couple de personnes de même sexe. Illustrative des difficultés rencontrées est l'affaire *Jhordan C. c./ Mary K.* [179 Cal.App.3d 386 (1986)] dans laquelle deux amies ont décidé que l'une d'entre elles entreprendrait de donner naissance à un enfant par insémination artificielle à la suite d'une donation effectuée par un ami. Le *lower court* a permis des droits de visite au père génétique ainsi qu'à la conjointe de la mère. La décision était confirmée par la Cour d'appel de Californie. La Cour d'appel s'appuyant sur des motifs d'ordre public ainsi que sur la loi, a confirmé la possibilité du donneur de faire établir sa paternité à condition que l'insémination ne soit pas réalisée par le biais des moyens techniques. En parallèle, elle a refusé la possibilité à ces deux femmes d'exclure le donneur du sperme, en établissant une unité familiale censée être protégée par les droits constitutionnels d'*autonomy* et de *privacy*.

[75] Parmi d'autres pays ayant progressivement ouvert, directement ou implicitement la voie aux couples de personnes de même sexe à avoir des enfants par le biais de l'assistance médicale à la procréation on peut citer la Californie, le Vermont, Israël, la Nouvelle Zélande, l'Ontario (v : ATKIN Bill, « Landmark family

aux Pays-Bas[77], en Norvège[78], au Danemark[79], en Islande[80] et plus récemment en Autriche[81] et en Portugal[82]. Avant d'examiner ceci, il convient d'observer que l'ouverture de l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe est révélatrice d'un élargissement des objectifs de ces techniques.

La procréation médicalement assistée était à l'origine conçue comme moyen de lutte contre l'infertilité et elle vise aujourd'hui plus généralement à permettre d'obtenir une descendance. Ceci dit, nous présenterons trois modèles qui, tout en ouvrant l'accès à la procréation médicalement assistée à des couples homosexuels, prévoient un mode d'établissement de la filiation en faveur de deux personnes de même sexe. Seront présentés successivement le cadre juridique québécois (a), anglais (b) et belge (c).

a. Le cadre juridique québécois.

Le cadre juridique québécois ressort principalement de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*[83] qui est intégrée au Code civil québécois. La réglementation de la procréation médicalement assistée est encadrée par l'intervention fédérale issue de la *Loi concernant la Procréation Assistée et la recherche connexe* du 29 mars

---

legislation », in *The international Survey of Family Law*-2006 Edition, (General Editor Andrew Bainham), Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2006, pp. 305-320, spéc. pp. 311-313).

[76] MARTÍN-CASALS Miquel, RIBOT Jordi, « Family Forms and Parenthood in Spain », in Andrea BÜCHLER, Hellen KELLER, *Family Forms and Parenthood*, *Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2016, pp. 379-424, spéc. pp. 399-401 ; QUIÑONES-ESCÁMEZ Ana, « Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé », *R.I.D.C.* 2013, pp. 57-91, spéc. pp. 68-72.

[77] CURRY-SUMNER Ian, MACHTELD Vonk, « Dutch co-motherhood in 2014 », in *The international Survey of Family Law*-2014 Edition, (General Editor Bill Atkin) Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2014, pp. 361-376, spéc. p. 361. V. aussi KESSLER Guillaume, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* juillet-août 2005, pp. 11-15, spéc. p. 12, nº 5.

[78] V. pour la Norvège, The Children Act (Act No. 7 of 8 April 1981 relating to Children and Parents) et en particulier les *sections 3 à 4a*, consultables dans : <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-children-act/id448389/> dernière visite le 12.10.2016.

[79] V. Ilga Europe, « Law change gives birth to a 'co-mother' », consultable sur : <http://old.ilga-europe.org/home/guide_europe/country_by_country/denmark/law_change_gives_birth_to_a_co_mother> dernière visite le 12.10.2016.

[80] V. conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, doc. prél. No 3 C de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, p. 15, note 105 :< http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03c_fr.pdf>
consulté le 12.10.2016.

[81] COESTER-WALTJEN Dagmar, « Die Mitmutter-schaft nach südafrikanischem Recht im Deutschen Geburtsregister (KG Berlin, S. 160)», *IPrax* 2/2016, pp. 132-139.

[82] *AJ famille* juin 2016, p. 288, DIONISI-PEYRUSSE Amélie.

[83] L.Q., 2002, ch.6.

2004[84]. Celle-ci, tout en imposant des limites[85], laisse entière la possibilité aux provinces canadiennes de légiférer en matière de droit de la famille relevant de leur compétence exclusive. Le Québec et l'Alberta ont légiféré dans le respect des principes consacrés par la loi fédérale (art. 2 de la loi)[86]. Le Québec a permis toutes les formes de procréation assistée à l'exception de la gestation pour autrui[87]. Le pas supplémentaire franchi par le législateur québécois va au-delà de la réglementation de l'assistance médicale à la procréation puisqu'il procède également à l'encadrement de l'assistance à la procréation effectuée par relations charnelles[88]. L'accès à l'assistance à la procréation est ouvert aux personnes célibataires (article 538 Code civil Québec), aux couples hétérosexuels ainsi qu'aux couples de femmes[89]. Ici notre attention se portera uniquement sur la réglementation de l'accès des femmes homosexuelles à la procréation assistée[90].

---

[84] *Loi concernant la procréation assistée et la recherche* connexe, 52-53 Eliz. II, 2004, L.C., c.2, adoptée le 11 fév. 2004, sanction royale le 29 mars 2004 ;V. la version française de la loi est consultable sur le site : <http://laws.justice.gc.ca/fra/lois/A-13.4/index.html>, dernière visite le 12.10.2016 ; V l'analyse de la loi par RIVARD Glenn, HUNTER Judy, *The Law of ASSISTED HUMAN REPRODUCTION*, LexisNexis /Butterworths, Ontario, 2005, p. 25 ; Certaines des dispositions de la loi fédérale ont été invalidées par la Cour suprême du Canada pour avoir dépassé les limites de la compétence fédérale : GIROUX Michelle, « Fasc. 30 : Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », in *Jurisclasseur Québec Personnes et famille*, ROY Allain (sous la dir. de), mise à jour novembre 2014, p. 5, n° 1.

[85] L'article 5. (1) prévoit explicitement les techniques qui sont interdites. L'article 6 (4) prévoit des limites par rapport à la gestation pour autrui.

[86] Parmi ces principes se range la protection de la santé et du bien-être des enfants lors de la prise des décisions concernant l'utilisation des techniques de procréation assistée. Celle-ci ne peut être effectuée que dans le respect de la protection et de la promotion de la santé, de la sécurité, de la dignité et des droits des êtres humains. La commercialisation des fonctions procréatives ainsi que les discriminations basées sur l'orientation sexuelle ou le statut matrimonial choisi sont explicitement interdites. La loi souligne particulièrement l'impact que ces techniques ont à l'égard des femmes ainsi que l'importance d'un consentement libre et éclairé des personnes participant au déroulement de ce genre des opérations. Enfin, il importe d'observer que la protection de l'individualité, de la diversité humaine ainsi que de l'intégrité du génome humain constituent des considérations primordiales.

[87] Article 541 Code civil du Québec : « *Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue* ».

[88] Possibilité expressément prévue dans l'article538.2 al. 2 du Code civil du Québec.

[89] La Cour d'appel d'Ontario a été amenée à faire reconnaître un lien de parenté entre trois personnes associées à un projet de parenté. Il s'agissait d'un couple de femmes assistées par un homme dans leur but de procréer. La Cour d'appel, en l'absence, de législation explicite en ce sens est intervenue en consacrant un triple lien de filiation (: *AA c. BB 2007* ONCA 2, consultable sur le site : <www.ontariocourts.on.ca/decisions/2007/january/2007ONCA0002.htm> dernière visite le 12.10.2016; LaVIOLETTE Nicole, « Dad, Mom- and Mom : The Ontario Court of Appeal's Decision in A.A. v. B.B. », R. du B. can. vol. 86, 2007, pp. 665-689 ; v. aussi BAILEY Martha, « Reform not revolution », in *The international Survey of Family Law*-2006 Edition, (General Editor Bill Atkin), Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2009, pp.139-156, spéc. pp. 142-143. Ontario a par un règlement (R.R.O, règlement 1094) modifiant sa « Loi sur les statistiques de l'état civil » (*Vital Statistics Act*) fait une mention explicite à une autre personne que le père pouvant être désignée comme parent de l'enfant (*section* 2). Consultable sur : <http://www.canlii.org/en/on/laws/regu/rro-1990-reg-1094/latest/rro-1990-reg-1094.html> ; dernière visite le 12.10.2016 ; pour plus de détails v. aussi JORDAN D. Kelly, « ART Class : Assisted reproduction technology class – six questions answered », *C.F.L.Q.* 2009, pp. 71-93, spéc. pp. 84-85.

[90] GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Famille-Personne-succession/Droit de filiation : panorama mars 2006-mars 2007 », *D.* 2007, pp. 1460-1468 et spéc. pp.1467-1468.

i. Conditions d'accès.

Au préalable, il convient de constater que l'accès à la procréation médicalement assistée en soi même n'a pas fait l'objet d'une réglementation spéciale[91]. Un projet n'est soumis à aucune formalité mais on observe qu'il découle de plusieurs décisions que le parties « *ont l'intérêt* » de rédiger par écrit leur projet afin d'être en mesure d'apporter sa preuve[92]. En outre, les conditions régissant tous les traitements médicaux sont également applicables en l'espèce. Toutefois l'article 19 du « *règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée* » prévoit l'obligation d'un consentement libre et éclairé de tous les participants à une procréation assistée qui doit être apporté à chaque étape du processus. Ensuite l'article 20 du même règlement prévoit les informations qui doivent obligatoirement être fournies préalablement à tout consentement. Celles-ci concernent notamment les risques liés à toute technique, la possibilité de retirer le consentement, la nécessité d'exprimer la volonté des participants en cas de décès, de dissolution de l'union ou de désaccord.

En revanche, une réglementation explicite a été adoptée quant à l'établissement de la filiation. Les cas des projets parentaux formulés par plus d'une personne présentent le plus d'inconvénients, notamment en ce qui concerne la question de savoir si l'établissement de la filiation ou la création d'autres droits est possible avec l'enfant ainsi né. Il a été soutenu dans la doctrine que deux conditions sont requises s'agissant d'un projet parental commun formé par plusieurs personnes. Il faut que les parties au projet parental acceptent l'assistance à la procréation tout en étant conscientes de l'apport exact du donneur[93] et de la construction des relations de filiation qui en résultent. Il faut, d'autre part, que l'accord au projet soit antérieur à la mise en œuvre du procédé[94]. Cependant, rien n'était prévu par rapport à la preuve de ces éléments[95].

---

[91] JOYAL Renée, « Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés », *Enfances, Familles, Générations*, n°5, automne 2006, n°1-51 et spéc. n° 40 consultable sur : <http://www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n5/015778ar.html>dernière visite le 12.10.2016.

[92] GIROUX Michelle, « Fasc. 30 : Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée, *op. cit.*, *supra*, p. 13, n° 11.

[93] Cet apport peut aussi être selon la loi québécoise sur la procréation assistée, l'apport d'un ami dans une relation hétérosexuelle qui accepte de contribuer au projet parental en s'engageant dans une relation charnelle avec l'une des compagnes.

[94] GIROUX Michelle, « Fasc. 30 : Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », *op. cit.*,*supra*, p. 13, n° 10 ; D.-CASTELLI Mireille, GOUBAU Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5ème éd., Les Presses de l'Université de Laval, Saint-Nicolas (Québec), 2005, p.234.

[95] *Ibid.*

ii. Conditions de révocation du projet parental

Il ressort de l'examen de la jurisprudence que lors d'une assistance médicale à la procréation, le consentement écrit des personnes participantes est requis[96]. En ce qui concerne toutefois la possibilité de révocation du consentement, il n'existe pas de disposition explicite. La question est résolue par la pratique suivie dans les centres de fertilité.

b. Le cadre juridique anglais

i. Conditions d'accès.

L'Angleterre a également permis, depuis 2008, l'accès de couples de femmes à la procréation médicalement assistée tout en permettant la création d'un lien de parenté entre les deux femmes ayant formé le projet parental[97]. Les conditions d'accès à l'aide sont calquées sur celles prévues pour les cas de projets d'assistance avec un homme qui ne contribue pas avec son matériel génétique aux démarches de procréation assistée de son épouse (art. 42 à 47 LFEH 2008). Nous n'allons donc pas les reprendre ici.

ii. Conditions de révocation du projet parental

Les conditions de révocation du consentement au projet parental ne se différencient pas non plus de celles prévues pour les couples hétérosexuels, bien qu'une place spéciale leur soit consacrée dans la loi de 2008 (v. notamment par. 4 de l'Annexe 3 LFEH).

---

[96] V. l'affaire *J.B.* c. *D.J.*, [2004] *R.D.F.*, 585 (C.S) cité dans D-CASTELLI Mireille, GOUBAU Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, p. 236, not 144, p. 253, note 168.

[97] Sur l'accès de couples de même sexe à l'assistance médicale à la procréation en Angleterre v. aussi PARIZER-KRIEF Karène, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation, France, Allemagne et Grande Bretagne,* préf. Marie-Angèle HERMITTE, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016, pp. 441-446.

c. Le cadre juridique belge

i. Conditions d'accès.

Dès 2007, la Belgique a également ouvert l'accès à l'utilisation des techniques d'assistance médicale aux couples homosexuels [98]. Les conditions d'accès pour les couples hétérosexuels valent aussi pour les couples homosexuels. Il convient de noter au préalable à cet égard, d'une part, que toute demande d'une femme visant à être inséminée ou pour qu'il lui soit implanté un embryon doit être formulée avant sa 45ème année (art. 4 al. 2 de la loi du 6 juillet 2007 ; ci-après la loi belge) et, d'autre part, qu'une implantation ne peut être entreprise que jusqu'à sa 47 année (art. 4 al. 3 de la loi belge). La procédure requise afin de recevoir un traitement médical nécessite, soit, une lettre recommandée dans l'hypothèse d'une femme célibataire (art. 32, al. 1, art. 61 al.1 de la loi belge), soit, dans l'hypothèse d'un couple la même demande de traitement écrite et signée conjointement par les deux auteurs du projet parental (art. 32, al. 2, art. 61 al. 2 de la loi belge). Le centre de fécondation doit répondre dans les deux mois à partir de la réception de la demande (art. 32 al. 3, art. 61 al. 3 de la loi belge). En outre, chaque procédé d'assistance médicale à la procréation requiert la conclusion d'une convention entre les auteurs du projet parental et le centre de fécondation dans lequel le projet est effectué (art. 7, art. 13, 33 al. 1 pour le don d'embryons, art. 42, 62 al. 1 pour le don de gamètes de la loi belge). Celle-ci fait mention des données d'identification du ou des auteurs du projet parental ainsi que des celles du centre de fécondation (art. 7 al. 2 de la loi belge). Elle est signée par les auteurs du projet (art. 7 al. 3 de la loi belge) et faite en deux formulaires (art. 7 al. 4 de la loi belge)[99]. Enfin, le centre de procréation assistée doit, à chaque fois qu'un nouveau projet émanant des mêmes auteurs est en cause, vérifier, avant qu'un acte médical soit entrepris, l'existence d'un consentement effectif de la part des deux auteurs du projet parental (art.12 al. dernier et 41 al. dernier de la loi belge).

[98] DERÈSE Marie-Noëlle, WILLEMS Geoffrey, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr.fam.* 2008, pp. 279-359, spéc. p. 300, n° 30, p. 303, n° 36.

[99] Le centre de procréation médicalement assistée a une obligation d'information, par rapport au problème –éventuel- d'infertilité ainsi que par rapport à la procréation médicalement assistée. Il lui incombe aussi de garantir l'accompagnement psychologique des auteurs du projet parental (art. 6 ; V. aussi, quant au don d'embryons, les art. 12, 31 et, quant au don de gamètes, les art. 41, 60 de la loi belge).

ii. Conditions de révocation du projet parental

La révocation du projet se fait en modifiant la convention conclue avec le centre de procréation médicalement assistée (art. 8 de la loi belge) jusqu'au moment où la dernière instruction a été fournie. S'il s'agit d'un couple, les modifications doivent être faites par écrit, d'un commun accord et être signées par les deux conjoints (art. 8 al.2 et 3 de la loi belge ; v. aussi les art. 14 et 43 de la loi belge). Un doute persiste quant au sort de l'embryon lorsqu'un couple ne peut pas se mettre d'accord. L'art. 14 al. 2 dispose que :

> *« Dans l'hypothèse où, postérieurement à la signature de la convention, les auteurs du projet parental ne parviennent pas à trouver un accord sur l'affectation des embryons surnuméraires, le centre de fécondation consulté tiendra compte de la dernière instruction donnée de commun accord par les deux auteurs du projet parental. »*

D'un autre côté l'article 12 al. dernier de la loi belge dispose que :

> *« …S'il s'agit d'une nouvelle implantation d'embryons surnuméraires cryoconservés à la demande d'un couple d'auteurs en vue d'un projet parental ultérieur, le centre de fécondation consulté s'assure, préalablement à toute démarche médicale, du consentement effectif des deux auteurs à cette nouvelle implantation. »*

D'où la question de savoir ce qui se passe si la dernière instruction stipule que l'embryon sera utilisé en faveur de la femme qui recevra le traitement, même si le couple divorce[100]. Les travaux préparatoires n'apportent pas des clarifications quant à ce problème[101]. Il nous semble que dans l'hypothèse où les parties stipulent dans la convention qu'en cas de séparation ou de divorce, l'épouse ou la conjointe peut procéder au projet parental unilatéralement, il n'existe aucune raison de ne pas le permettre. Étant donné qu'il ne ressort pas de la loi un principe de nécessité de persistance du consentement à tout moment, il paraît préférable de prendre parti en faveur de la continuation du projet parental. D'ailleurs, le fait que le législateur belge a permis aussi l'insémination et l'implantation *post mortem* peut être considéré comme un indice supplémentaire en faveur de la continuation du projet parental dans le cas où les parties se sont exprimées en ce sens. Par contre, dans l'hypothèse où ils n'existent que des gamètes cryoconservés, l'économie des dispositions y afférentes (art. 41, 42, 43 de la loi belge) fait qu'il sera

[100] DERÈSE Marie-Noëlle, WILLEMS Geoffrey, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr.fam.* 2008, pp. 279-359, spéc. p. 312, n° 49.
[101] *Ibid*, n° 52.

impossible à l'une des personnes de procéder sans le consentement effectif de l'autre personne[102]. Dans le cadre d'un rapport homosexuel, une telle situation peut être envisagée si la femme qui reçoit le traitement n'est pas la même que celle, dont les ovules seront utilisés dans le processus de fécondation.

2. L'ouverture de l'accès à la procréation médicalement assistée post mortem

Nous avons vu que certains pays ont également autorisé l'accès à la procréation médicalement assistée *post mortem*. Nous examinerons ici les réglementations grecque, anglaise et belge.

a. Les conditions d'accès en Grèce

L'ouverture de l'accès à l'assistance médicale *post mortem* est révélatrice d'une interprétation large des raisons médicales constituant selon le droit grec une condition nécessaire à l'assistance. Selon elle, l'accès est possible, soit, dans le cas où le mari (ou le concubin de la femme) souffre d'une maladie qui elle-même, ou son traitement, peut conduire à l'infertilité, soit, dans le cas d'un risque imminent de décès du mari par exemple lorsque celui-ci est impliqué dans des opérations militaires (Article 1457 C.civ.)[103]. Le mari ou le partenaire dans une union libre souhaitant que son matériel soit cryoconservé dans l'objectif d'une utilisation *post mortem* doit avoir exprimé sa volonté sous la forme d'un acte notarié et l'insémination artificielle de la femme doit être effectuée obligatoirement six mois après le décès du conjoint et en aucun cas après l'écoulement de deux ans après la survenance du décès (Article 1457 b) C.civ.). D'ailleurs, il est accepté en dépit de la lettre de la disposition parlant d'« insémination artificielle » que l'implantation d'un embryon conçu avant le décès du mari soit également permise.[104] Par ailleurs, il nous semble plus opportun d'admettre non seulement une insémination ou implantation homologue mais aussi un processus s'effectuant avec le matériel génétique

[102] DERÈSE Marie-Noëlle, WILLEMS Geoffrey, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr.fam.* 2008, pp. 279-359, spéc. p. 316, n° 53.
[103] KOYMOUTZIS Nikos, *Commentaire du Code civil Georgiadi-Stathopoulou*, t. VII, articles 1457-1458, Éd. P. N. Sakkoula/Droit et Économie, Athènes, pp. 582-633, spéc. pp. 582-602 [en grec].
[104] PAPACHRISTOU C. Athanassios, *Droit de la famille*, 4ème éd., Éd. P. N. Sakkoula/Droit et Économie, Athènes, 2014, pp. 216-217 [en grec].

d'un donneur[105]. Le processus effectué *post mortem* nécessite une autorisation judiciaire. La requête doit être déposée après l'écoulement d'une période de réflexion de six mois et l'insémination ou l'implantation doivent avoir lieu dans les deux années qui suivent.

b. Les conditions d'accès en Angleterre

En Angleterre, l'accès était impossible jusqu'en 2003. Mme *Diane Blood* a été à l'origine des problèmes posés quant à l'utilisation posthume des techniques de procréation. Celle-ci a obtenu du sperme prélevé par électro-éjaculation sur son mari alors que ce dernier se trouvait dans une situation de coma. Après la survenance de son décès, elle a demandé auprès des autorités britanniques l'autorisation de se faire inséminer avec les gamètes de son mari. Sa demande étant rejetée, elle a tenté d'y avoir recours en Belgique. Pour ce faire, elle interjeta appel en arguant que le refus de lui rendre le sperme de son mari pour qu'elle puisse se déplacer en Belgique et se faire inséminer constituait une violation de la liberté de prestations de services consacré par le droit de l'Union européenne. Les juges, dans une décision contestable[106] ont fait droit à sa demande et elle a pu donner suite à son projet. Elle a finalement donné naissance à deux enfants. Suite à leur naissance, elle a dû poursuivre son combat auprès des autorités britanniques afin de pouvoir faire désigner son mari décédé comme le père de ses enfants dans l'acte d'état civil[107]. Ainsi, une loi de 2003 est venue consacrer explicitement la possibilité d'avoir recours à une technique de procréation médicalement assistée *post mortem*[108]. La possibilité a été aussi intégrée dans la loi de 2008 sur la fertilisation et l'embryologie humaine (art. 39 et 40 LFEH de 2008)[109].

Cette possibilité est expressément ouverte aux couples hétérosexuels et homosexuels (art. 39, 40, 46 LFEH 2008). D'où il ressort que la deuxième personne

---

105 En ce sens KOYMOUTZIS Nikos, *Commentaire du Code civil Georgiadi-Stathopoulou*, t. VII, articles 1457-1458, Éd. P. N. Sakkoula/Droit et Économie, Athènes, 2007, pp. 582-633, spéc. p. 586-587, n° 4 ; *Contra* FOUNTEDAKI Katerina, *Commentaire du Code civil Georgiadi-Stathopoulou*, t. VII, articles 1465, Éd. P. N. Sakkoula/Droit et Économie, Athènes, 2007, pp. 711-741, spéc. p. 735, n° 54.

106 BERGÉ Jean-Sylvestre, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood », *JCP* 2000, Doctrine I 206, n^{os} 7 et 8, pp. 289-293.

107 En fait le ministère de la santé du Royaume-Uni suite à la procédure initiée par Madame Blood a pris comme position (15.11.2002) que le refus de traiter l'homme décédé en tant que père des enfants nés suite à la procréation médicalement assistée *post mortem* (prévu par la *section* 28 (6) (b) LFEH 1990) constituait une violation de l'article 8 et de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Suite à cette position positive du ministère les enfants ont pu être inscrits dans leurs certificats de naissance en tant qu'enfants de M. Blood. Nous tenons à remercier Madame Blood pour nous avoir communiqué les documents relatifs à cette requête.

108 *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act* 2003.

109 Dans la doctrine française v. DE SAINT-PERN Laure, « Le droit anglais », in *La famille en mutation, Archives de Philosophie du droit*, t. 57, DALLOZ, 2014, pp. 413-424, spéc. p. 419 *et seq.*

associée à l'utilisation d'une technique *post mortem* ne l'est pas nécessairement avec ses gamètes (art. 40 (1) (c) LFEH 2008). En toute hypothèse, le consentement par écrit de la personne associée est nécessaire aussi bien pour l'utilisation de son sperme après son décès[110] - dans le cas d'un procédé homologue-, que pour qu'elle soit traitée comme le parent de l'enfant ainsi né (art. 39 (c) LFEH 2008 ; en ce qui concerne les couples homosexuels v. art. 46(1) (d), et 46 (2) (c) LFEH 2008). Afin que la démarche aboutisse et que l'enfant soit traité comme l'enfant de la personne décédée, il faut que la mère ait déclaré par écrit sa volonté en ce sens dans un délai de 42 jours[111] à partir de la naissance de l'enfant (art. 39 (2) LFEH 2008 ; et en ce qui concerne deux partenaires homosexuels v. art. 46 (1) (e) et 46 (2) (f) LFEH 2008). Exceptionnellement, la déclaration d'intention de la femme auprès du *Registrar General* par rapport à l'inscription de son conjoint ou de sa partenaire en tant que parent est permise après l'écoulement de la période de 42 jours (art. 52 LFEH 2008). La reconnaissance du lien de parenté nécessite, en outre, qu'aucune autre personne vivante ne puisse être considérée en vertu d'autres dispositions de la loi de 2008 - ou en raison d'une adoption - comme le parent de cet enfant (art. 39 LFEH 2008 ; en ce qui concerne deux partenaires homosexuels v. 46 (1) (f) et 46 (2) (g) LFEH 2008). Le pays où la technique d'insémination ou d'implantation a eu lieu n'influence pas l'application des dispositions présentées (art. 39 (2), 40 (3), 46 (3) LFEH 2008). En revanche, lorsque il n'existe pas de mariage ou *civil partnership* entre les personnes ayant formé le projet parental, il faut que le traitement ayant mené à la création de l'embryon soit pratiqué au Royaume-Uni par une personne agréée pour effectuer de telles techniques (art. 40 (2) (b), (f) LFEH 2008 ; en ce qui concerne deux partenaires homosexuels v. art. 46 (2) (b), (e) LFEH 2008)[112].

Enfin, il faut ajouter que la « reconnaissance » de la personne associée en tant que parent est d'une importance surtout symbolique puisqu'elle permet uniquement l'inscription de l'enfant dans un registre en tant que son enfant, sans que ce dernier puisse revendiquer un autre droit découlant de cette parenté (art. 39 (3), 40(4), 46 (4) et art. 48 (3), (4) LFEH 2008).

---

[110] Il faut préciser que la création de l'embryon peut avoir lieu soit avant soit après le décès de l'homme associé au projet parental (*section* 39 (b) LFEH 2008).

[111] Le délai se diminue à 21 jours en ce qui concerne l'Écosse (*sections* 39 (4), 40 (5), 46 (5) LFEH 2008).

[112] Par rapport aux dispositions délimitant le champ d'application de certaines provisions de la loi anglaise sur la Fertilisation et l'Embryologie Humaine v. *infra* chapitre 2, section 1 § 1.

c. Les conditions d'accès en Belgique

En Belgique, à la base d'un procédé d'assistance médicale entrepris *post mortem* (art. 44 de la loi du 6 juillet 2007 ; ci-après loi belge) figure toujours une convention (art. 7, 42, de la loi belge) en vertu de laquelle le défunt donne l'autorisation d'utiliser, soit, ses gamètes (art. 2 let. s, 44, 45 de la loi belge), soit, l'embryon conçu avec ses gamètes (art. 2 let. r, 15, 16 de la loi belge). Ainsi une femme peut procéder à l'implantation de l'embryon ou à l'utilisation des gamètes de son mari à condition que celui-ci se soit exprimé explicitement en ce sens dans la convention qui sert de base au projet parental (art. 15 de la loi belge). L'implantation de l'embryon (art. 16 de la loi belge) ou l'insémination avec les gamètes du mari (art. 45 de la loi belge) ne peut pas avoir lieu avant l'écoulement de six mois à partir du décès du mari et, au plus tard, dans les deux ans suivant cette date, les parties ne pouvant pas conventionnellement déroger à la lettre de la loi. Or un problème surgit du fait que dans le cas de l'utilisation des gamètes *post mortem*, seule l'insémination avec les gamètes du couple doit être effectuée dans ce délai. La question, donc, se pose quant aux limites temporelles dans lesquelles la femme peut procéder à l'implantation de l'embryon conçu dans son utérus.

B. LES EFFETS DES TECHNIQUES

1. Les effets de l'accès des couples homosexuels aux techniques d'assistance à la procréation médicalement assistée

a. En droit québécois

i. Fondements et établissement de la filiation.

Depuis 1980 et jusqu'aux modifications apportées en 2002, deux types de filiation étaient reconnus au Québec : la filiation par le sang et la filiation adoptive[113]. On a observé que même la filiation par le sang est une construction juridique et, comme dans plusieurs ordres juridiques, son fondement ne s'accorde pas dans toutes les hypothèses avec la

[113] LECKEY Robert, « 'Where are the Parents of the Same Sex': Quebec's Reforms to Filiation », *Int'l Journal of Law, Policy and the Family*, 23, 2009, pp. 62-82 et spéc. p. 64.

réalité biologique[114]. Les présomptions du droit de la filiation, les délais courts dans lesquels une contestation de la filiation peut intervenir démontrent la place importante faite à des considérations autres que le lien biologique, comme la paix familiale, visant à garantir la permanence du lien de filiation ou l'intention d'assumer un lien familial[115]. L'intention des parties en tant que fondement de la filiation jouait donc déjà un rôle central puisque son existence dans un projet parental commun constituait très souvent la raison créatrice de la filiation. L'intention est également le fondement de l'établissement de la filiation dans le cas de l'accès d'un couple homosexuel à une technique de procréation médicalement assistée.

Les effets de ce nouveau type de filiation sont exactement les mêmes que ceux de toute autre filiation (art. 538.1 al.2 Code civil du Québec). Des précisions sur ces derniers sont apportées dans l'article 539.1 du Code civil qui dispose que :

> *« Lorsque les parents sont tous deux de sexe féminin, les droits et obligations que la loi attribue au père, là où ils se distinguent de ceux de la mère, sont attribués à celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant »*

En outre, il faut ajouter que dans l'hypothèse de la création d'un lien de filiation entre deux femmes, celles-ci sont inscrites dans l'acte de naissance en tant que mères de l'enfant (art. 115 C. civ. Q.).

Le mode d'établissement de la filiation des enfants issus d'une procréation assistée est le même que celui utilisé pour l'établissement de la filiation par le sang[116]. Ainsi, l'inscription dans l'acte de naissance, la possession d'état et la présomption de filiation en faveur du conjoint, marié ou uni civilement, avec la femme qui donne naissance, trouvent application dans le cadre d'une procréation médicalement assistée avec les adaptations nécessaires. Plus précisément, lorsqu'un couple formé par un homme et une femme mariés ou unis civilement a recours à l'assistance à la procréation, la filiation peut être établie, soit par leur inscription à l'acte de naissance soit, à défaut d'inscription de l'époux ou du conjoint, par le jeu de la présomption. Les mêmes modalités s'appliquent aussi s'agissant d'un couple de femmes (art. 115 al. 1 et 538.3 C. civ. Q.), avec une petite différence[117]. Celle-ci concerne la possession d'état qui, dans le cadre d'une procréation assistée (art. 538.1 C C. civ. Q.), se différencie de celle conçue et

---

[114] *Ibid.*
[115] *Ibid.* p. 65.
[116] GIROUX Michelle, « Fasc. 30 : Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », *op. cit.*, *supra*, n° 12.
[117] D.-CASTELLI Mireille, GOUBAU Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5ème éd., Les Presses de l'Université de Laval, Saint-Nicolas (Québec), 2005, p. 247.

utilisée dans le schéma traditionnel (art. 524 C. civ. Q.). Dans le dernier cas la possession d'état requiert un lien de filiation vraisemblable tandis que dans le cas de procréation assisté elle repose sur l'élément intentionnel d'un projet parental formé par deux personnes[118]. Cela étant dit la preuve d'un lien vraisemblable ne paraît pas opportune car l'article 538.3 al. 1 du C. civ. Q. consacre une présomption irréfragable au profit de l'enfant dans le cas où le conjoint ou la conjointe a consenti à cette procréation –et même en l'absence de lien génétique avec l'enfant– et celui-ci naît « *pendant leur union ou dans les trois cents jours après sa dissolution ou son annulation* »[119]. Il sera donc, au contraire essentiel de prouver l'existence d'un projet parental[120].

Il est intéressant d'observer concernant l'inscription dans l'acte de naissance qu'elle peut être effectuée par un seul de deux membres du couple, si celui-ci est marié ou uni civilement (article 114 C. civ. Q.). L'inscription ne porte pas mention du fait que l'enfant est né d'une procréation médicalement assistée ce qui rend impossible de distinguer entre le parent ayant un lien biologique et celui qui n'en a pas. Dans ces cas-là il est probable qu'une mention du terme conjoint soit utilisée dans ce but[121]. D'ailleurs, une déclaration de la filiation, via l'inscription dans l'acte de naissance peut être faite, même tardivement, ce qui peut être à l'origine de comportements frauduleux des personnes procédant à une telle déclaration sans qu'un projet parental commun n'ait jamais existé[122]. La reconnaissance volontaire des enfants conçus par procréation assistée n'est pas prévue dans le code. Toutefois, l'inscription de la filiation dans l'acte de naissance découle des déclarations des personnes intéressées et revêt un caractère de reconnaissance volontaire[123].

En l'absence de lien officialisé du couple, l'établissement de la filiation se complique. La filiation maternelle peut être établie avec l'inscription dans l'acte de naissance[124]. Des difficultés peuvent surgir à l'égard du conjoint qui doit procéder à l'établissement de son lien de filiation à l'aide des moyens du droit commun comme la possession d'état. Comme en droit français, pour l'insémination artificielle dans le contexte d'un couple hétérosexuel, le droit du Québec ne prévoit pas de mode automatique d'établissement de filiation pour le conjoint n'ayant pas de lien biologique

---

118 *Ibid.*, p. 246.
119 *Ibid.*, p. 247.
120 GIROUX Michelle, *op.cit.*, p. 15, nº 14.
121 *Ibid.*, p. 245.
122 *Ibid.*, p. 246.
123 *Ibid.*, p. 248.
124 Article 538.1 al. 1 C. civ. Q. : « *La filiation de l'enfant né d'une procréation assistée s'établit, comme une filiation par le sang, par l'acte de naissance.* »

avec l'enfant. Ceci étant, la filiation avec la conjointe n'ayant pas contribué au projet parental avec son matériel génétique s'établira, soit à l'initiative de celle-ci par une déclaration après la naissance de l'enfant, soit par action judiciaire exercée par la mère ou l'enfant contre la conjointe ou la partenaire associée au projet parental. Cette dernière engage sa responsabilité si elle refuse de procéder aux formalités nécessaires à l'établissement de son lien de filiation avec l'enfant [125]. Toutefois, il semble que, contrairement à la France, l'établissement de la filiation de la compagne de fait ayant seulement consenti au projet d'assistance médicale mais n'ayant pas effectué la procédure nécessaire à l'établissement d'un lien de filiation à son égard, ne pourra pas se voir judiciairement déclarée comme parent en l'absence d'une disposition en ce sens[126]. Par conséquent, la responsabilité de la personne ayant consenti se limitera à une responsabilité financière. En revanche, cette dernière pourra réclamer judiciairement son inscription en tant que parent dans l'hypothèse où celle-ci n'a pas été faite et où une inscription tardive est exclue. Cette possibilité est offerte à condition que le parent déjà inscrit y consente (art. 130 al. 2)[127]. Cette voie est fermée si la personne refuse ou est décédée au préalable[128].

Il convient ensuite d'ajouter qu'aucun lien de filiation n'est possible avec le donneur à l'exception des deux cas. Il l'est si l'apport de la personne tierce est le résultat d'une relation charnelle (art. 538.2 al. 1 C. civ. Q.) ou si celle-ci est directement impliquée dans le processus[129]. En outre, nous pouvons observer que la question du statut des

---

125 Article 540 C. civ. Q. : « *La personne qui, après avoir formé un projet parental commun hors mariage ou union civile, ne déclare pas, au registre de l'état civil, son lien de filiation avec l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers cet enfant et la mère de ce dernier.* »

126 GIROUX Michelle, « Fasc. 30 : Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », in *Jurisclasseur Québec Personnes et famille*, ROY Allain (sous la dir. de), mise à jour novembre 2014, p. 20, n° 25.

127 ROY Alain, « La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée ? », 105, *R. du N.*, 119, 2003, p. 249.

128 ROY Alain, « La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant … », *op.cit.*, *supra*, p. 249

129 Les précisions apportées quant au statut des donneurs n'ont pas effacé les questionnements. Ainsi, dans un arrêt de la Cour Supérieure du Québec, l'affaire *S.G.* c./ *L.C.* un donneur de sperme a revendiqué des droits de parenté à l'égard d'un enfant né de son ex partenaire entretenant à ce moment une relation avec une autre femme. S.G., le donneur a demandé un droit d'accès à l'enfant malgré le fait que son nom n'apparaissait pas dans l'acte de naissance et qu'il n'habitait ni avec l'enfant ni avec sa mère. Dans l'acte de naissance les deux femmes étaient inscrites comme les parents de l'enfant mais les circonstances de l'affaire révélaient une relation affectueuse du donneur avec la femme et l'enfant. Celui-ci était présent au moment de la première insémination, il avait assisté à la naissance de l'enfant et il lui rendait visites régulières jusqu'au moment où les deux femmes lui ont interdit l'accès. Face à cette interdiction le dernier a agi en justice en avançant qu'il était toujours entendu entre les parties qu'il ne serait pas qu'un simple donneur. Un droit de visite de trois fois par semaine lui a été octroyé. L'appel des deux partenaires contre cette décision a été rejeté. Il ressort que, malgré l'interdiction formelle par le Code civil du Québec de la possibilité de faire établir un lien de filiation avec un donneur, l'attribution des droits relatifs à la responsabilité parentale à un donneur présentant des liens affectueux avec l'enfant né d'une procréation médicalement assistée ne peut pas être exclue ; *S.G. c. L.C.*, J.E., 2004-1151 (C.S.), en appel, *L.C.* c. *S.G.*, C.A. Montréal, n° 500-09-014573-042 d2 2004-06-17, J.E. 2004 -1340, AZ-50258280, *R. du N.* 2005, pp. 9-

donneurs et de leur lien juridique avec les enfants nés varie considérablement d'une Province à l'autre[130].

S'agissant de la question de savoir si l'établissement d'un lien juridique est possibles avec un donneur dans le cadre d'une assistance à la procréation *sans intervention médicale*[131], l'article 538.2 al. 2 du Code civil québécois prévoit la possibilité de faire établir un lien de filiation dans un délai d'un an à partir de la naissance de l'enfant. Cet article prévoit cette possibilité que pour le cas où l'apport s'est fait par relation sexuelle. Cette condition doit être entendue strictement, excluant de la sorte l'action en établissement lorsqu'une seringue a été utilisée[132]. Pendant ce délai, la conjointe de la femme ayant accouché de l'enfant ne peut pas s'opposer à l'établissement de cette filiation en invoquant sa possession d'état en conformité avec le certificat de naissance (art. 538.2 al. 2 C. civ. Q.)[133]. Il n'en reste pas moins que cette disposition laisse planer des incertitudes quant aux personnes pouvant demander l'établissement du lien[134]. Il paraît qu'il est possible de faire établir un tel lien, même sans le consentement du donneur à l'initiative de la mère[135].

Les similarités du modèle suédois. La Suède est aussi un pays, le premier en Europe, à avoir ouvert l'accès aux techniques d'assistance à la procréation aux femmes lesbiennes tout en garantissant l'établissement automatique de la filiation de la partenaire homosexuelle. La Suède a voté le 3 juin 2005 à une grande majorité la loi en matière de fertilisation assistée et de parenté (SFS 2005 : 443)[136] modifiant respectivement la loi de 1984 sur l'insémination, et celle du 1988 concernant l'insémination *in vitro*. Cette loi a finalement été modifiée et remplacée par la loi sur l'Intégrité Génétique du 2006 (SFS 2006:351 « *lag om genetisk integritet m.m.* »). Ainsi, selon le cadre juridique suédois deux

---

11, note par ROY Alain ; RIVARD Glenn, HUNTER Judy, *The Law of ASSISTED HUMAN REPRODUCTION*, LexisNexis /Butterworths, Ontario, 2005, pp. 156-157 ; D.-CASTELLI Mireille, GOUBEAU Dominique, p. 251, note 163.

130 On observe que dans les cas où un donneur de sperme ne réside pas à Québec, Newfoundland et Labrador, Yukon et Alberta il est possible qu'il soit considéré comme le père légal si son identité est révélée : RIVARD Glenn, HUNTER Judy, *The Law of ASSISTED HUMAN REPRODUCTION*, LexisNexis /Butterworths, Ontario, 2005, p.157.

131 C'est-à-dire avec l'apport d'un ami du couple.

132 GIROUX Michelle, « Fasc. 30 : Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », *op. cit.*, p. 19, n° 24.

133 ROY Alain, « Le droit de la famille – Une décennie d'effervescence législative », *R. du N.* 2003, pp. 215-269, spéc. pp. 256-257.

134 LECKEY Robert, « 'Where are the Parents of the Same Sex': Quebec's Reforms to Filiation », *Int'l Journal of Law, Policy and the Family*, 23, 2009, pp.62-82 et spéc. p. 68.

135 D.-CASTELLI Mireille, GOUBAU Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5ème éd., Les Presses de l'Université de Laval, Saint-Nicolas (Québec), 2005, p.240 ; LECKEY Robert, « 'Where are the Parents of the Same Sex'… », *op.cit.*, p. 68.

136 KIRILOVA ERIKSSON Maja, SCHIRATZKI Johanna, « Sweden », in *Kluwer Law International, International Encyclopaedia of Laws*, vol. 5, *Family and succession law*, Suppl. 37, March 2008, p. 73, n° 132.

femmes vivant en couple, mariées ou pas, peuvent avoir conjointement accès à un procédé d'assistance à la procréation et faire consacrer un lien de filiation non seulement en faveur de la femme recevant le traitement mais aussi à l'égard de sa partenaire[137]. Le processus ne peut pas être effectué avec les gamètes d'une donneuse ou de la partenaire qui n'est pas traitée[138]. Afin que les effets du procédé soient produits, il faut que les deux femmes aient eu recours dans un hôpital public (Loi SFS 2006 : 351 : Chapitre 6, art. 2, Chap. 7, art. 4). La partenaire –unie civilement ou pas– ou l'épouse doit avoir consenti au traitement de fertilisation de sa conjointe (Loi SFS 2006 : 351 : Chapitre 5, art. 1, al. 2).

Si un consentement a été fourni, et il est probable ("sannolikt") que l'enfant soit né d'une insémination ou d'une fertilisation *in vitro* et d'une implantation subséquente, la femme ayant consenti est considérée comme le parent de l'enfant (Chap. 1, art. 9, al.1 du code de la famille).

L'établissement de la filiation nécessite toutefois, soit, une procédure dite de confirmation de nature administrative ("bekräftelse" –mini-procédure administrative facilitée), soit un jugement. La confirmation doit être effectuée par écrit par la partenaire ou l'épouse[139] en présence de deux témoins. La mère et le Service de Protection Sociale (*Social welfare board*) doivent se mettre d'accord sur l'établissement de cette filiation[140]. L'autorisation de ce dernier est soumise à un contrôle concernant l'adaptabilité du couple par rapport aux conditions de l'environnement dans lequel il va grandir. La procédure de confirmation doit suivre les conditions de forme de la déclaration de parenté, prévue aussi pour un père non marié avec la mère selon l'article 4 du premier chapitre du code de la famille (Chap. 1, art. 9, al. 2 du code de la famille)[141]. Si cette procédure ne permet pas l'établissement de la filiation, il sera possible d'avoir recours à la voie judiciaire. La

---

137 Il faut noter que tout procédé d'insémination est soumis à un contrôle préalable des conditions familiales des personnes y ayant recours avec lesquelles l'enfant grandira (médicales, psychologiques, sociales). Ce contrôle est réalisé par les médecins à l'aide d'un expert. Il faut qu'il soit garantit que l'enfant grandisse dans un environnement familial propice. Les personnes intéressées disposent toutefois d'un droit de recours contre une décision éventuellement négative devant le *National Board of Health and Welfare* (Loi SFS 2006 : 351 : Chapitre 6, art. 3, Chap. 7, art. 5) : v. *Family Law, Informations on the rules*, Regeringskansliet, éd. révisée de 2013, p. 32 ; consultable sur :
<http://www.government.se/contentassets/1e0263a0318e47b4b8515b535925941b/family-law>
dernière visite le 12.10.2016.

138 JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Sweden : Lesbian couples are entitled to assisted fertilization and to equal rights of parentage », *FamRZ* 2006, pp. 1329-1330, spec. p. 1329, note 13.

139 Le droit suédois permet le mariage homosexuel depuis 2006.

140 V. *Family Law, Informations on the rules*, Regeringskansliet, éd. révisée de 2009, p. 32, *op.cit.* ; Contrairement à ce qui se passe avec les couples hétérosexuels mariés ayant eu recours à une insémination hétérologue les femmes lesbiennes ayant enregistré un partenariat ne peuvent pas bénéficier d'une présomption de parenté à l'égard de la femme non traitée. Cependant, une modification pourrait bientôt être apportée sur ce point-là ; v. KIRILOVA ERIKSSON Maja, SCHIRATZKI Johanna, « Sweden », in *Kluwer Law International, International Encyclopaedia of Laws*, vol. 5, *Family and succession law*, Suppl. 37, March 2008, p. 73, n° 132.

141 Cette disposition constitue une modification législative apportée en 2009 (SFS 2009:254) qui est entrée en vigueur le 1er mai 2009.

parenté ainsi établie sera équivalente à n'importe quelle autre parenté en termes d'effets[142].

Si le couple a recours à un procédé d'assistance à la procréation en violation des conditions imposées par la loi, le donneur a la possibilité de faire établir son lien de paternité avec l'enfant né. Dans ce cas, la partenaire pourra uniquement établir un lien de filiation par le biais d'une adoption[143].

ii. Contestation de la filiation

L'économie générale de la législation québécoise démontre qu'une fois le lien de la filiation a été établi à l'égard de la femme n'ayant pas contribué avec son matériel génétique, la contestation sera difficile. Le lien de filiation peut certes être contesté si le consentement est vicié. Toutefois, il est improbable, voire impossible que cela arrive étant donné les contrôles et l'obligation d'information des femmes y participant.

b. En droit anglais

Le droit anglais est parmi les premiers à consacrer en Europe une forme de parenté en faveur de deux personnes de même sexe. Le modèle permettant d'identifier comme deuxième parent la conjointe de la femme qui accouche de l'enfant s'inspire principalement du modèle utilisé pour l'insémination hétérologue au sein d'un couple hétérosexuel.

i. Établissement de la filiation

Si une femme est mariée ou est liée par un *civil partnership* au moment de l'implantation d'un embryon ou des gamètes ou de l'insémination artificielle, son épouse ou sa partenaire sera, sans préjudice de la *section* 45 (2) LFEH de 2008, considérée comme le parent de l'enfant (*Section* 42 LFEH de 2008). La parenté de la conjointe ou de la partenaire ne sera pas établi si son consentement au processus effectué fait défaut. La *section* 42 LFEH 2008 est applicable indépendamment du pays où la femme en cause se trouve au moment où elle a reçu le traitement (*section* 42 (2) LFEH 2008). En outre, identifier une autre femme comme le second parent d'un enfant conçu par assistance à la

[142] JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Sweden : Lesbian couples are entitled to assisted fertilization and to equal rights of parentage », *Fam*RZ 2006, pp. 1329-1330, spec. p. 1330.
[143] JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Sweden : Lesbian couples are entitled... » , *op.cit.*, *supra*, spéc. p. 1330.

procréation est possible, même en dehors d'une union officielle entre deux femmes (*section* 43 LFEH 2008). Toutefois, dans ce cas, la femme doit être au Royaume-Uni au moment du traitement et le recevoir par une personne agréée (*section* 43 (a) LFEH 2008). De plus, il faut que personne d'autre, homme (art. 35 LFEH 2008) ou femme (art. 42 LFEH 2008), ne puisse être considéré comme parent de l'enfant, et que la personne à considérer comme parent ait fourni un consentement écrit, signé (art. 44 (2) LFEH 2008) et explicite en ce sens à la personne chargée de mener le traitement (art. 44 (1) (a) LFEH 2008). En dehors du consentement de la seconde femme, le consentement de la femme traitée est, aussi, requis (art. 44 (1) (b) LFEH 2008). En outre, il ne doit pas y avoir d'empêchement à la célébration du mariage ou à la conclusion de l'union civile entre les deux femmes à cause d'un lien de parenté (art. 44 (1) (e) LFEH 2008). Il ressort que la femme traitée dispose d'un pouvoir décisif quant à la reconnaissance ou l'identification de la seconde femme en tant que parent de l'enfant puisque celle-ci peut toujours, jusqu'au moment du traitement, révoquer son consentement à ce que l'autre femme soit considérée comme le second parent (art. 44 (1) (c) LFEH 2008). En parallèle, elle a la possibilité, sans révoquer son consentement antérieur, de procéder à un nouveau consentement en faveur d'une autre personne, homme ou femme (art. 44 (1) (d) (i), (ii) LFEH 2008).

Par contre, la configuration des rapports de parenté entre deux femmes dans la loi anglaise exclut l'identification d'un troisième parent (art. 45 LFEH 2008). En même temps, une priorité quant à la détermination des liens parentaux est accordée aux règles concernant la filiation découlant du mariage selon les dispositions du *common law* (art. 45 (2), (3) LFEH 2008) ainsi qu'aux règles concernant l'adoption (art. 45 (4) LFEH 2008). En d'autres termes, si l'enfant conçu par le traitement est considéré, en vertu des dispositions de *common law*, comme l'enfant d'un homme en raison du mariage de cet homme avec la femme traitée, le dernier est considéré comme le parent indépendamment de l'existence d'un consentement en faveur d'une tierce femme. Enfin, le législateur prend soin de préciser que la participation éventuelle de la seconde femme au projet parental avec ses gamètes ne peut aucunement influencer l'issu de la parenté (art. 47 LFEH 2008). Cette disposition vise à faire face à la pratique des couples de femmes qui sans avoir des problèmes de fertilité s'engagent dans un processus de traitement afin de s'assurer que toutes les deux sont associées génétiquement à l'enfant qui sera né[144].

[144] Pour les enjeux éthiques d'une telle pratique v. notamment DONDORP W.J., DE WERT G. M. et JANSSENS P.M.W., « Shared lesbian motherhood : a challenge of established concepts and frameworks », *Human Reproduction*, 2010, Vol.25, No.4, pp. 812–814.

ii. Contestation de la filiation

Une contestation du lien créé avec la seconde femme peut reposer sur la violation des conditions posées par la loi.

c. En droit belge

La voie suivie par la Belgique quant à l'établissement d'un lien de filiation entre deux femmes se différenciait jusqu'à très récemment de celle des modèles évoqués plus haut. Or une loi récente du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente a considérablement rapproché le modèle belge du modèle québécois.

i. Établissement de la filiation

Avant l'avènement de la loi de 2014, le lien de filiation avec le membre du couple homosexuel n'ayant pas participé avec ses forces génétiques n'était pas tissé automatiquement. La partenaire de la femme ayant reçu le traitement pouvait établir un lien uniquement par le biais d'une adoption endofamiliale (343, 353-9 et 356-1 du C.civ. belge)[145]. On avait pertinemment observé l'incertitude de cette solution pour les liens de filiation de l'enfant dans l'hypothèse où l'une de deux femmes impliquées dans le projet parental changerait d'avis[146]. Face aux inconvénients de la solution préexistante, le législateur a inséré dans le livre Ier, titre VI du Code civil belge (Ci-après C.civ. b.) un chapitre 2/1 intitulé : « *De l'établissement de la filiation à l'égard de la coparente* ». Il convient d'observer que le double lien de filiation monosexué instauré par la nouvelle loi peut être établi non seulement lorsque l'assistance à la procréation a été médicale mais aussi lorsque cette assistance a été purement amicale. Or le lien de filiation avec la coparente,

[145] Le législateur a permis aux couples de même sexe mariés ou non la possibilité d'adopter avec la loi du 18 mai 2006, *Mon. b.*, 20 juin 2006 ; pour l'adoption en Belgique en général et pour les effets d'une adoption par un couple des de personnes de même sexe v. GALLUS Nicole, « L'adoption », in *Précis de droit de la famille*, par les membres de l'unité de droit familial du centre de droit privé de l'ULB, sous la dir. de VAN GYSEL Alain Charles, 2ème éd., Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 462-500, spéc. pp. 491-499 ; DERÈSE Marie-Noëlle, WILLEMS Geoffrey, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr.fam.* 2008, pp. 279-359, spéc. p. 356, n° 107 ; RENCHON Jean-Louis, « Le droit belge », in *La famille en mutation, Archives de Philosophie du droit*, t. 57, DALLOZ, 2014, pp. 379-411, spéc. pp. 388-389.

[146] DERÈSE Marie-Noëlle, WILLEMS Geoffrey, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr.fam.* 2008, pp. 279-359, spéc. p. 356, n° 107.

dont la place est en principe subsidiaire par rapport à un lien de paternité de l'enfant éventuel[147], est renforcé lorsque l'enfant né est le résultat d'un projet d'assistance médical à la procréation conjointement formé par deux femmes (art. 318 § 2 C.civ.b .)[148]. D'ailleurs, la nouvelle loi prévoit quatre modes d'établissement de la filiation de la coparente. À l'instar de la loi québécoise, une présomption de comaternité est adoptée. L'article 325/2 C. civ. b. prévoit que :

> *« L'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour coparente l'épouse ».*

Or la filiation de la coparente peut aussi être établie par reconnaissance (art. 325/4 C. civ. b.), par le biais de la possession d'état (art. 325/8 C. civ. b) ainsi que par voie judiciaire (art. 325/9 C. civ. b). Lorsque le lien de filiation de la coparente fait l'objet d'une action en justice, la requérante doit prouver qu'elle a fourni son consentement conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée (art. 325/9 al. 2 C. civ. b.).

ii. Contestation de la filiation

Le lien de filiation tissé par le biais d'une adoption ne peut pas être contesté de la même manière dont d'autres liens de filiation. Par contre, le lien de filiation établi en faveur de la coparente peut dans certaines conditions être contesté. Le lien créé grâce à la présomption peut être contesté par l'homme revendiquant la paternité s'il prouve qu'il est le père de l'enfant (art. 325/3 § 2 4ème al. C. civ. b.). Il peut également l'être par une autre femme qui revendique la comaternité si elle prouve qu'elle a consenti à la conception par procréation médicalement assistée et que l'enfant est la conséquence dudit processus (art. 325/3 § 2 3ème al. C. civ. b.). Ensuite, il peut l'être par l'enfant en prouvant, soit que l'épouse n'a pas consenti à l'acte de procréation médicalement assistée, soit que l'enfant n'est pas le résultat de l'acte de procréation médicalement assistée auquel l'épouse avait consenti (art. 325/3 § 2 5ème al. C. civ. b.). L'action en contestation est

---

147 Article325/1 du Code civil belge « *Lorsque la paternité n'est pas établie en vertu du chapitre 2, la comaternité peut être établie en vertu des dispositions du présent chapitre* ».

148 Art. 318 § 2 C. civ. b. : « …. *L'action de la femme qui revendique la comaternité* [contre l'époux de la mère ayant établi son lien avec l'enfant grâce à la présomption du mariage] *doit être intentée dans l'année de la découverte du fait qu'elle a consenti à la conception, conformément à l'*article*7 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, et que la conception peut en être la conséquence* ». V. aussi art. 318 § 6 C. civ. b. Toutefois, si le lien de filiation paternel est corroboré par la possession d'état il ne pourra pas être contesté (art. 318 § 1 C. civ. b.).

exclue si l'enfant a en même temps eu la possession d'état à l'égard de l'épouse (art. 325/3 § 1 C. civ. b.). La contestation de la reconnaissance est aussi exclue si le lien de filiation de la coparente est corroboré par la possession d'état (art. 325/7 C. civ. b.). En dehors de ce cas, elle est loisible si l'enfant ne peut pas être la conséquence de l'acte de procréation médicalement assistée (art. 325/7 § 1 4ème et 5ème al. C. civ. b.) et si les « *consentements préalables requis ou visés par l'article 329bis.*. » sont viciés. Lorsque l'action de contestation est exercée par une femme qui revendique la comaternité, celle-ci n'est fondée que si la requérante réussit à prouver qu'elle a consenti à la procréation médicalement assistée conformément à la loi du 6 juillet 2007 (art. 325/7 § 4 C. civ. b.). Nous constatons donc comment le législateur évite la destruction d'un lien de filiation en l'absence de lien de filiation pouvant se substituer à sa place. Il ressort de cette brève présentation le rôle central du consentement à la procréation médicalement assistée pour l'établissement et pour l'indestructibilité du lien de filiation de la coparente.

2. Les effets de l'accès à des techniques post mortem

a. En droit anglais

i. Établissement de la filiation

Le lien de la filiation dans le cas d'une procréation *post mortem* avec le conjoint(e) ou le mari dépend de l'accomplissement des modalités examinées ci-dessus. L'attribution du lien juridique avec le père décédé ou la partenaire de même sexe est permise (*section* 39 LFEH 2008). Ensuite, lorsque l'époux (*section* 40 (1)LFEH 2008), l'épouse (*section* 46 (1) LFEH 2008), le ou la partenaire (articles 40 (2) and 46 (2) LFEH 2008 respectivement) consent à l'utilisation du sperme d'une tierce personne, ils peuvent respectivement être nommés en tant que parents de l'enfant seulement si au moment de la création de l'embryon, la personne consentante était encore vivante (*section* 40 1 (b) LFEH 2008). Par conséquent, l'insémination *in vitro* effectuée *post mortem* ne permet pas la reconnaissance d'un lien de filiation lorsque le matériel génétique d'une tierce personne est utilisé pour la conception de l'enfant. Cependant, il faut retenir que le lien de filiation créé suite à un

processus effectué *post mortem* n'a qu'une valeur relative puisque l'inscription du nom du père dans l'acte d'état civil ne donne pas de droits de succession[149].

ii. Contestation de la filiation

L'importance limitée du lien de filiation créé fera que la survenance des cas de contestation d'un tel lien sera rare. Une telle démarche de contestation, toutefois, trouvera appui, soit, sur les vices du consentement du mari, soit sur l'emploi d'un procédé ne correspondant pas à l'intention de la personne décédée, par exemple si celle-ci avait consenti à une insémination homologue et son épouse a procédé à une insémination hétérologue.

b. En droit grec

i. Établissement de la filiation

En droit grec les enfants nés d'une insémination *post mortem* sont, également, considérés comme nés dans le mariage ayant, par conséquent, comme père le conjoint de la femme traitée à condition qu'une autorisation judiciaire préalable à la naissance existe (art. 1465 β C. civ. grec)[150]. Si une femme procède à l'insémination après l'écoulement du délai de deux ans à compter du décès de son époux ou concubin, elle sera censée avoir procédé sans autorisation judiciaire puisque celle-ci n'est plus valable. Dans un tel cas, celle-ci peut faire établir la paternité selon l'article 1465 al 3 β du Code civil[151]. Or ladite

[149] V. art. 28 (5A) à (5D) et 51 de la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* ; LOWE Nigel, DOUGLAS G., *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, 11ème éd., Oxford, 2015, p. 250; SAARLOOS Kees, European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage, PhD dissertation, Maastricht, 2010, p. 23

[150] Des problèmes se posent quant au caractère de la décision requise accordant l'autorisation. La question se pose de savoir si celle-ci doit être simplement définitive ou plutôt finale afin de procéder à la procréation médicalement assistée. Pour des raisons d'économie procédurale et en l'absence de disposition explicite, la femme peut procéder à la procréation avant le prononcé de la décision au second degré parce qu'il serait inéquitable de lui imposer d'attendre. Une réponse alternative aurait des conséquences néfastes pour la mise en œuvre de l'opération, étant donné la difficulté de ces techniques et éventuellement l'âge de la femme. De même, l'obliger à attendre peut conduire à l'écoulement du délai de deux ans dans lequel il faut, selon l'article 1457 du Code civil, procéder à l'insémination. Il a été suggéré qu'il serait opportun de considérer, dans les cas où la femme serait obligée d'attendre la décision de la Cour d'appel, que le délai n'ait pas couru. PAPACHRISTOU C. Athanassios, *Droit de la famille*, 4ème éd., Éd. P. N. Sakkoula/Droit et Économie, Athènes, 2014,) p.272 [en grec] ; KOUMOUTZIS P. Nicos « L'établissement de la filiation avec le père après la Loi 3089/2002 », *ChrID* 2003, pp. 498-512 [en grec].

disposition prévoyant qu'il incombe à la partie invoquant la présomption de paternité attachée au mariage de le prouver dans les cas où l'insémination *post mortem* a eu lieu sans autorisation judiciaire peut générer d'autres interrogations. Ce que doit prouver la partie invoquant la présomption reste incertain. Il ne ressort pas clairement s'il faut prouver la relation biologique entre l'enfant et le père décédé, ou s'il faut prouver l'existence des conditions légales posées par la loi grecque relatives à l'utilisation de l'assistance à la procréation qui s'opère *post mortem.* Admettre que cette disposition permette l'établissement de la filiation de l'enfant génétiquement lié avec le mari malgré l'absence de consentement de ce dernier au projet parental peut ouvrir la porte à l'établissement de la filiation dans d'autres cas de figure où le consentement fait défaut.

Enfin, s'agissant des enfants nés d'une technique utilisée *post mortem*, il n'y a pas de différence quant aux droits attribués sur le plan de la succession. Les enfants nés d'une procréation médicalement assistée *post mortem* ont normalement des droits de succession à l'égard de leur père au même titre que des enfants qui sont nés avant le décès de leur père. Ainsi, l'article 1711 du Code civil prévoit :

> *« Peut être héritier celui qui était vivant ou tout au moins conçu au moment de l'ouverture de la succession. Peut également être héritier l'enfant né après insémination artificielle post mortem. Le moment de l'ouverture de la succession correspond au moment du décès du défunt. »*

Cet article est complété par l'article 1924 al. 1 du Code civil disposant que :

> *« Sous réserve de l'article 1711 al. b, si le testateur a institué comme héritier une personne non encore conçue au moment du décès de celui-ci, l'héritier institué est considéré comme appelé. …. »*

ii. Contestation de la filiation

Le recours à la procréation *post mortem* reste exceptionnel. Il en ira de même pour les cas de contestation du lien de filiation créé suite à celui-ci. Théoriquement, la contestation peut avoir lieu si, par exemple, les parents de l'époux décédé constatent que l'acte notarié prenant acte du consentement du conjoint ou du mari n'est pas authentique. En outre, une contestation sera possible si l'époux a consenti à l'insémination de son épouse ou de sa conjointe avec son sperme ou à l'implantation d'un embryon conçu avec le matériel génétique des deux membres du couple, et il est constaté par la suite que le médecin a procédé à l'implantation d'un embryon créé avec les gamètes d'une tierce personne. Dans

ces cas-là, la voie suivie est, soit celle du recours contre l'arrêt fournissant l'autorisation judiciaire, soit celle d'un recours en vue de la contestation de la paternité (art. 1470 C. civ. grec). Toutefois, dans ce dernier cas, le cercle des personnes ayant qualité pour agir en contestation de paternité est étroitement défini par la loi (art. 1469 C. civ. grec).

c. En droit belge

i. Établissement de la filiation

Bien que le droit belge ait permis sous certaines conditions l'accès à l'insémination et l'implantation *post mortem*, la question de ses conséquences sur le plan de la filiation ainsi que sur le plan du droit des successions n'a pas reçu de réponse explicite de la part du législateur[152]. Il reste donc à la jurisprudence d'élaborer des solutions adaptées aux problèmes qui surgiront. Une reconnaissance anténatale est probable, au moins dans le cas où l'enfant est conçu avant le décès du mari ou du compagnon (art. 328 C. civ. belge)[153]. Procéder ainsi nécessiterait, pour autant, que le terme conception soit entendu étroitement, n'incluant pas l'implantation de l'embryon. Ensuite, pour le cas d'une conception *post mortem* avec le sperme cryoconservé du mari, la voie pour faire établir un lien de filiation avec le mari décédé est celle de la possession d'état. Il faut, néanmoins, reconnaître qu'une telle utilisation ne pourra être faite qu'au prix de l'adoption d'une interprétation audacieuse de la loi, puisque l'institution de la possession d'état remplit une fonction, historiquement conditionnée. Elle serait, pour autant, conforme à l'esprit du législateur belge, comme il ressort des différentes dispositions dans le droit belge de la filiation, en ce que celui-ci réserve une place certaine à la réalité socio-affective[154]. Une mère pourra, éventuellement, se prévaloir de la possession d'état dans le cadre d'une action à l'encontre d'un officier de l'état civil refusant d'inscrire comme père son mari décédé. On a d'ailleurs envisagé l'action en recherche de paternité comme moyen de faire

[152] DERÈSE Marie-Noëlle, WILLEMS Geoffrey, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr.fam.* 2008, pp. 279-359, spéc. p. 320, n° 59, p. 356, n° 108.
[153] *Contra* DERÈSE Marie-Noëlle, WILLEMS Geoffrey, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr.fam.* 2008, pp. 279-359, spéc. p. 357, n° 108.
[154] MASSAGER Nathalie, « La filiation », in *Précis de droit de la famille*, par les membres de l'unité de droit familial du centre de droit privé de l'ULB, sous la dir. de VAN GYSEL Alain Charles, 2ème éd., Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 378-461, spéc. pp. 390-391.

établir un lien de filiation avec le conjoint décédé (art. 322 du C. civ. belge)[155]. Celle-ci pourra être intentée à l'encontre des héritiers de l'homme ayant consenti à l'insémination et l'implantation *post-mortem* (v. art. 332*quinquies* et art. 332*quater* al. 1er du C. civ. belge). Cependant, il faut prendre en considération la possibilité qu'un procédé de procréation *post mortem* puisse aussi avoir lieu avec les gamètes d'un donneur avec le consentement du conjoint. Dans ce cas et à l'occasion d'une action en recherche de paternité, la possession d'état peut être pertinente comme moyen de preuve du lien de filiation[156].

ii. Contestation de la filiation

À supposer qu'il soit possible de faire établir un tel lien de filiation avec le mari ou le compagnon de la mère, les raisons de contestation de celui-ci se limiteront aux cas de vice du consentement du mari. D'ailleurs, il se peut que l'insémination se fasse avec le sperme du mari ou d'un tiers sans que le compagnon décédé ait consenti à une telle procédure. Les ayants-droit d'une telle contestation sont les héritiers du mari ou du compagnon de la mère (art. 318 § 2 al. 2 du C. civ. belge)[157].

[155] DERÈSE Marie-Noëlle, WILLEMS Geoffrey, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr.fam.* 2008, pp. 279-359, spéc. p. 356-357, no 108.

[156] V. les réflexions et les doutes exprimées par DERÈSE Marie-Noëlle, WILLEMS Geoffrey, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.* 2008, pp. 279-359, spéc. pp. 353-354, no 105 concernant l'utilisation de la possession d'état dans le cas d'un couple non marié ayant accès à une technique impliquant les gamètes d'un donneur.

[157] MASSAGER Nathalie, « La filiation », in *Précis de droit de la famille*, par les membres de l'unité de droit familial du centre de droit privé de l'ULB, sous la dir. de VAN GYSEL Alain Charles, 2ème éd., Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 378-461, spéc. p.458.

SECTION 2
LA GESTATION POUR AUTRUI

Nous présenterons ici certains modèles nationaux parmi les plus caractéristiques pour leur réglementation en matière de gestation pour autrui. Nous nous limiterons aux pays l'ayant autorisé et nous reviendrons, ultérieurement, sur les objections et ses effets dans les pays l'interdisant [158] . Il s'impose au préalable d'observer que dans chaque réglementation nationale, le rôle réservé à la volonté des participants au processus et aux autorités publiques varie. Ensuite, précisons que le rôle de l'autonomie privée et le degré de l'intervention étatique ont joué un rôle important dans le choix des pays à comparer, car ces deux paramètres affectent le choix des méthodes d'intervention du droit international privé. Ainsi, nous avons pu constater que, dans les pays au cadre permissif, il existe une graduation de l'intervention des autorités, allant de l'inexistence à l'omniprésence[159]. Tout au long de l'exposé qui en suivra, nous mettrons en lumière les différences entre les modèles différents qui peuvent être la cause des problèmes de droit international privé.

En outre, il convient de relever que la gestation pour autrui est un procédé impliquant directement plusieurs personnes. Il existe donc également une pluralité des rapports qui se nouent, comme d'ailleurs des questions de droit qui se posent. La

---

[158] V. *infra* dans le chapitre portant sur le mécanisme de l'ordre public les effets qu'une gestation pour autrui peut avoir dans un pays comme la France. D'ailleurs, la gestation par autrui est, interdite dans un grand nombre des pays, notamment en Allemagne, en Espagne, en Italie, en Suisse. Plus précisément, en Suisse l'interdiction -incluse dans la Constitution- concerne toutes les formes de maternité de substitution tandis qu'en Espagne et en Italie elle est prévue dans la loi sur la procréation médicalement assistée. En Allemagne la condamnation de la pratique découle de la loi sur la protection de l'embryon ainsi que de la réglementation relative à l'adoption (V. Les documents de travail du Sénat, *La gestation par autrui*, Étude de Législation Comparée n° 182, Série Législation Comparée, Janvier 2008, pp. 1-41 et spéc. pp. 6-7 consultable sur: <http://www.senat.fr/noticerap/2007/lc182-notice.html> dernière visite le 12.10.2016. Aux États-Unis parmi les États ayant explicitement interdit le recours à tout procédé impliquant une gestation pour autrui on trouve : District of Columbia [D.C. Code Ann. § 16-402 (a) et § 16-402 (b) (1981)], Indiana [Ind. Code § 31-20-1-1 et § 31-20-1-2(1997)], Michigan [Mich. Comp. Laws Ann. § 722.855 et § 722.859 (West 1988)] et New York [N.Y. Dom. Rel. Law § 122, § 123 (2) (a) et § 123 (2) (b) (McKinney 1992)).

[159] Parmi les pays ayant ouvert, sous différentes conditions, l'accès à une gestation pour autrui on trouve : Afrique du sud, Argentine, certaines territoires d'Australie, Belgique (pas explicitement), Brésil, Canada (à l'exception du Québec), Corée, Danemark (pas de loi), Équateur, Finlande (pas de loi), Grande Bretagne, Grèce, Portugal, Hong-Kong, Ile Maurice, Inde, Indonésie, Iran, Israël, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Roumanie, Russie, Vietnam ; informations recueillies sur le site de l'association MAIA : <http://www.maia-asso.org/page.php?m=gpa_m.inc&id=mere_porteuse_par_pays.htm> dernière visite le 12.10.2016.

question de la filiation et notamment de la filiation maternelle, a été celle qui a le plus souvent fait l'objet du contentieux judiciaire. Certes, d'autres questions se posent aussi comme, par exemple, celle de la définition des droits et des obligations des participants à une gestation pour autrui ou encore celle de la possibilité de faire exécuter un contrat de gestation pour autrui. Toutefois, nous avons dû nous limiter à l'examen des conditions relatives à l'accès audit procédé (§ 1) ainsi qu'aux effets (§ 2) reconnus sur le plan de la filiation.

§ 1. Les conditions divergentes d'accès à la gestation pour autrui

La question des conditions comme celle des effets (v. *infra* § 2.) sera traitée sous le prisme de deux logiques différentes : l'une se veut libérale avec un minimum de conditions (A), et l'autre est celle d'un modèle minutieusement réglementé, aussi bien par rapport aux conditions, que par rapport aux effets du processus (B). Seront donc envisagés successivement la solution de la Californie (A), destination de prédilection des couples en quête d'une gestation pour autrui, pour en aborder ensuite les modèles de réglementation de deux pays de l'Union européenne (B), le Royaume-Uni et la Grèce.

A. LA VOIE SUIVIE PAR UN MODÈLE LIBÉRAL

En Californie, comme dans d'autres ordres juridiques, les conditions requises découlent principalement de la pratique des médecins et des avocats[160]. Ainsi, les conditions de la gestation pour autrui sont le résultat des stipulations incluses dans les conventions de gestation pour autrui qui est pratiquée depuis des années. Récemment, une série de dispositions a été adoptée et insérée dans le Code californien de la famille. Il faut noter qu'il est possible que des stipulations incluses dans des arrangements de gestation pour autrui contreviennent au droit californien. De telles stipulations peuvent concerner par exemple l'obligation d'avortement de la gestatrice. Ces stipulations peuvent être tenues pour nulles en justice. Pareilles stipulations peuvent encore être insérées dans un contrat

[160] Nous tenons à remercier Monsieur Richard B. VAUGHN, avocat spécialisé à la gestation pour autrui en Californie pour les clarifications apportées quant au cadre juridique californien. Pour un aperçu général de la réglementation de la gestation pour autrui aux États-Unis v. SNYDER Steven, « United States », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp. 387-396.

de gestation pour autrui, même après la dernière intervention législative, malgré la procédure judiciaire requise pour l'établissement du lien de filiation avec les parents d'intention. Dans un tel cas, le juge peut dire que la clause n'est pas valable mais attribuer le *parental order*. Toutefois, les juges se limitent en pratique à l'examen des conditions essentielles requises par la loi pour attribuer la parenté aux parents d'intention. Par conséquent, un tel problème ne survient pas normalement.

L'approche qui consiste à confier une partie considérable de la réglementation de la gestation pour autrui aux praticiens a –malgré ces inconvénients– été adoptée aussi par d'autres ordres juridiques comme l'Inde[161], pays attirant chaque année massivement des personnes intéressées par ce processus. Pourtant des divergences considérables subsistent entre les différents modèles. La pratique dans certains États aux Etats-Unis a été tellement répandue que des protocoles stricts ont pu être adoptés par les praticiens, garantissant de la sorte le bon déroulement des processus. Ainsi, la nouvelle loi de l'État de Californie encadre de manière précise tout procédé de gestation pour autrui.[162] Suite à cette évolution, il est désormais requis que chaque partie dans un contrat de gestation pour autrui soit représentée par un avocat indépendant (art. 7962 (b) du Code de la famille de la Californie, ci-après C. fam. Cal.). Le droit prévoit désormais que l'implantation d'un embryon ou le traitement médical nécessaire à la procréation médicalement assistée soit interdit tant que l'accord n'a pas eu lieu selon les dispositions de la législation californienne (art. 7962 (d) C. fam. Cal.). Il faut plus précisément que toutes les parties signent le contrat en présence d'un notaire. Si l'accord de gestation pour autrui est conforme aux dispositions de la législation, il est présumé valable. Par ailleurs, le cadre juridique californien reconnait explicitement le rôle des personnes qui interviennent comme intermédiaires à titre lucratif dans le but de faciliter aux personnes intéressées l'accès à une gestation pour autrui (article 7960 C. fam. Cal.).

B. LA VOIE SUIVIE PAR DES MODÈLES RÉGLEMENTÉS

Le cadre juridique anglais (1) et le cadre juridique grec (2) qui seront examinés dans les lignes qui suivent sont deux exemples caractéristiques de modèle réglementé de la gestation pour autrui.

---

[161] Pour le modèle indien v. RENGACHARY SMERDON Usha, « India », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp.187-217.

[162] Assembly Bill 1217/2012, entré en vigueur le 01/01/2013.

1. Le cadre juridique anglais

Le cadre juridique anglais suit une approche réglementée nécessitant une intervention judiciaire *a posteriori* afin d'établir la filiation avec le couple à l'origine du projet parental[163]. Ainsi, la gestation pour autrui est permise mais l'établissement de la filiation avec le couple est soumis à des conditions strictes. L'existence de ces conditions pour l'attribution de la filiation aux parents d'intention influence certainement l'accès, bien que leur contrôle judiciaire intervienne après la réalisation de la gestation pour autrui.

En application de la *section* 33 (1) de la LFEH de 2008, seule la femme qui porte l'enfant peut être traitée comme sa mère légale. Par conséquent, indépendamment d'un lien génétique avec l'enfant, la femme ayant accouché est juridiquement la seule reconnue en tant que mère. Cette disposition s'applique indépendamment du pays où la femme se trouve au moment de son insémination ou du transfert des embryons ou des ovules et du sperme dans son utérus[164]. Si celle-ci est mariée, son époux est, également, considéré comme le père de l'enfant à condition qu'il ait consenti à l'assistance à la procréation[165]. Toutefois, un changement dans la filiation maternelle peut survenir suivant un *parental order* ou une adoption[166]. Depuis la modification du cadre juridique en 2008[167], la possibilité de demander le *parental order* est ouverte aussi bien aux couples de même sexe qu'aux couples de sexe différent mariés, aux couples ayant conclu un *civil partnership* ou à ceux qui n'ont pas officialisé leur union (sect. 54 (2) a-c LFEH 2008). Dans ce dernier cas, les membres du couple doivent être dans une relation durable et ne pas avoir un lien de parenté leur interdisant d'avoir une relation entre eux. Initialement, il était défendu à des personnes célibataires de demander un *parental order*. Toutefois, cette interdiction a été récemment considérée comme incompatible avec l'article 8 combiné avec l'article 14

163 V. sur le cadre juridique PARIZER-KRIEF Karène, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation, France, Allemagne et Grande Bretagne,* préf. Marie-Angèle HERMITTE, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016, spéc. pp. 364-371.

164 *Section* 33 (3): « *Subsection (1) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs.*»

165 *Section* 35 « *(1) If-*

(a) at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination, W was a party to a marriage, and

(b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage, then, subject to section 38(2) to (4), the other party to the marriage is to be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be) ».

166 *R Q.* (Parental Order) 1996, *Fam. Law*, p. 206. Fam. D.; *Re MW* (Adoption: Surrogacy) 1995, *Fam. Law* 25, pp. 665–666. Fam. D.

167 Les modifications apportées par la LFEH 2008 sont entrées en vigueur en avril 2010.

de la Convention européenne des droits de l'Homme[168]. Ensuite, les requérants doivent avoir 18 ans au moment du prononcé de celle-ci[169] et au moins un de deux membres du couple doit être domicilié au Royaume-Uni, aux îles Anglo-Normandes ou sur l'île de *Man*[170]. La convention de gestation pour autrui doit être conclue à titre gratuit[171], et au moins un des membres du couple doit avoir un lien génétique avec l'enfant qui sera né. La requête pour le *parental order* doit être déposée dans les six mois qui suivent la naissance (sect. 54 (3) LFEH 2008) et, à ce moment-là, l'enfant doit avoir la même résidence que le couple[172]. Pour le prononcé du *parental order*, il faut le consentement de la gestatrice ainsi que de l'autre parent de l'enfant (autre que les requérants du *parental order*), –ce dernier pouvant être, soit, un homme conformément à la *section* 35 ou aux *sections* 36 et 37, soit une femme conformément à la *section* 42 ou aux *sections* 43 et 44 LFEH 2008– qui doit être libre, inconditionnel et informé des conséquences de l'acte[173]. La gestatrice ne peut consentir valablement à la renonciation de ses droits parentaux qu'après l'écoulement d'un délai de réflexion de six semaines à compter de la naissance de l'enfant[174] ; En outre, la conception de l'enfant ne peut résulter que d'une assistance médicale, et non d'une relation charnelle entre le père d'intention et la gestatrice[175] .

---

168 *In re Z* (A Child) (Surrogate Father: Parental Order) [2015] EWFC 73, [2015] 1 *WLR* 4993 ; *Z* (A Child) (No 2) [2016] EWHC 1191 (Fam) (20 May 2016). En l'espèce un homme célibataire avait eu recours à une gestation pour autrui au Minessota. De retour en Angleterre, les tribunaux lui ont reconnu la garde de l'enfant et il avait la possibilité de procéder à son adoption. Il a néanmoins opté pour le *parental order* malgré le fait que cette option lui était formellement interdite. Il importe de noter que le gouvernement anglais avait accepté l'argumentation avancée par l'intéressé en ce qui concerne la violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cet arrêt constitue un précédent, ce qui signifie que désormais des personnes célibataires pourront également obtenir un *parental order* à la suite d'une gestation pour autrui.

169 *Section* 54 (5): « *At the time of the making of the order both the applicants must have attained the age of 18*. ».

170 *Section* 54 (4)(b) : « *At the time of the application and of the making of the order-*
(b) either or both of the applicants must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man ».

171 *Section* 54 (8) pose comme condition la gratuité du procédé à l'exception de la remise des dépenses raisonnables à la mère gestatrice. V. aussi *Re Adoption Application* AA 212/86 (Adoption Payment) (1987), 2 *F.L.R.* p. 291 ; *Re AW* (Adoption Application) '1993), 1 *F.L.R.* p. 62 ; *contra Re C* (A. Minor) (Adoption Application) (1993), 1 *F.L.R.* p. 87 où le juge *BOTH* refusa d'autoriser des paiements qui aboutissaient à ratifier la vente d'un enfant en vue de l'adoption alors que les requérants étaient inaptes aux fonctions de parents.

172 *Section* 54 (4) : « *At the time of the application and of the making of the order—*
(a) the child's home must be with the applicants, and, … ».

173 *Section* 54 (6) : « *The court must be satisfied that both-*
(a) the woman who carried the child, and
(b) any other person who is a parent of the child but is not one of the applicants (including any man who is the father by virtue of section 35 or 36 or any woman who is a parent by virtue of section 42 or 43), have freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order».

174 *Section* 54 (7) : « *Subsection (6) does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement; and the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child's birth*»

175 FLAUSS-DIEM Jacqueline, « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *R.I.D.C.*, 1996,4, pp. 855-864 et préc. pp. 856-857.

Le juge, pendant l'examen de la requête déposée par le couple, procède à un contrôle de légalité mais aussi d'opportunité. Le bien-être, l'intérêt[176] (*Welfare*) de l'enfant constitue la considération prépondérante (*paramount consideration*) pour attribuer le *parental order*[177]. L'importance de la prise en considération du *welfare* transparaît dans l'ensemble de la législation relative à l'assistance médicale à la procréation[178]. Le tribunal est aidé dans son appréciation par un travailleur social qui assume le rôle du rapporteur pour l'appréciation du *Welfare*. Celui-ci est chargé d'une série de contrôles. Il vérifie, entre autre, que les conditions requises pour le *parental order* sont réunies, que la *Welfare Checklist* est respectée, et qu'il n'existe aucune raison de le refuser[179].

Une décision de nature différente est d'ailleurs envisageable sur la base du *Children Act* de 1989. Une telle décision peut conduire à ordonner les mesures prévues par la *section* 8 de ladite loi, à savoir une ordonnance d'attribution de la filiation en faveur des requérants en même temps qu'une ordonnance autorisant le contact et la communication entre la mère gestatrice et l'enfant[180]. Cependant, personne ne peut exclure qu'après la naissance de l'enfant, la mère porteuse revienne sur sa décision et décide de garder l'enfant. Dans un tel cas, l'attribution de l'ordonnance parentale peut être refusée. Toutefois, même lorsque les conditions requises pour l'attribution de la parenté en faveur du couple demandeur ne sont pas réunies, la voie de l'adoption est possible[181]. Il est, également, possible pour les parents d'intention de demander la responsabilité parentale de l'enfant.

Il est possible de déduire de cet aperçu du droit anglais que l'aboutissement de l'établissement de la filiation de l'enfant né avec le couple à l'origine du projet parental

---

176 On emprunte ces termes à Madame PARIZER-KRIEF : PARIZER-KRIEF Karène, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne, De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *R.I.D.C.* 2011, pp. 645-659.

177 Pour le rôle du bien-être de l'enfant aux affaires de gestation pour autrui effectuées à l'étranger v. PARIZER-KRIEF, *ibid.*, pp. 656-658.

178 V. en ce sens STOLL Jane, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood, Swedish Law in a Comparative Context*, Uppsala Universitet, Uppsala, 2013, p. 192. Ainsi, l'section 25 (2) Loi FEH prévoit : « *The guidance given by the code shall include guidance for those providing treatment services about the account to be taken of the welfare of children who may be born as a result of treatment services including a child's need for supportive parenting, and of other children who may be affected by such births.* »

179 Après l'adoption des règlements relatifs à la parenté (Parental order Regulations 2010) un document qui sert de guide aux travailleurs sociaux a été rédigé : Cafcass, Guidance for Parental Order Reporters. Le document est consultable :
<www.cafcass.gov.uk/media/6721/Parental%20Order%20Guidance%20050412.pdf> dernière visite le 12.10.2016. V. aussi STOLL Jane, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood, Swedish Law in a Comparative Context* », *op.cit.*, pp. 189-190.

180 DOUGLAS Gillian, *Law, Fertility and Reproduction*, Sweet & Maxwell, 1991, p. 160.

181 V. par ex. *Re G (Surrogacy : Foreign Domicile)* [2007], EWHC 2814 (Fam) ; HOWE Darren, « International Surrogacy-A Cautionary Tale », *Fam. Law*, January 2008, pp. 60-63: En l'espèce il s'agissait d'un couple des Turcs ayant leur résidence habituelle en Turquie. Les conditions pour un *parental order* n'étant remplies les parties ont fait une demande sur la base de la *section* 84 *Adoption and Children Act* 2002.

n'est pas certain au préalable. Nous constatons également que l'aptitude des participants à suivre un procédé est soumise au seul contrôle des centres d'assistance médicale à la procréation où le processus est effectué et éventuellement à celui de l'agence les ayant mis en contact avec le centre pour la réalisation de l'assistance. Ce contrôle peut être garanti lorsque le procédé implique une fécondation *in vitro*, ce qui nécessite que celui-ci s'effectue dans un établissement agrée par l'Autorité anglaise à cette fin. Dans ce cas, la gestation pour autrui est soumise au contrôle du comité d'éthique de l'établissement. Chaque établissement se prononce au cas par cas suivant ses propres critères. En pratique, toutefois, il est toujours vérifié que tous les participants soient informés des conséquences du procédé, que la mère porteuse remplisse les conditions requises, parmi lesquelles, avoir déjà accouché et ne pas avoir dépassé un certain âge qui sera le plus souvent la 35ème année[182].

L'établissement d'un lien de filiation avec les parents d'intention lorsque l'enfant n'est pas né au Royaume-Uni peut rencontrer des écueils[183]. Dans le cas où l'enfant est né à l'étranger, le couple peut demander un *parental order* à condition que l'un d'entre eux soit domicilié au Royaume-Uni.

2. Le cadre juridique grec

L'article 1458 du Code civil Grec prévoit que :

> *« Le transfert dans le corps d'une autre femme d'embryons, étrangers à celle-ci, et la gestation par elle, sont permis par autorisation judiciaire accordée avant le transfert, s'il existe un accord écrit et sans contrepartie entre les personnes qui désirent avoir un enfant et la femme qui accouchera ainsi que son conjoint, quand elle est mariée. L'autorisation judiciaire est accordée après requête de la femme qui désire avoir un enfant, s'il est prouvé que la gestation lui est médicalement impossible et que la femme qui se prête à la gestation y est apte, au vu de son état de santé ».*

[182] Les documents de travail du Sénat, La gestation par autrui, Étude de Législation Comparée n° 182, Série Législation Comparée, Janvier 2008, pp. 1-41 et préc. p. 29-30 consultable sur: <http://www.senat.fr/noticerap/2007/lc182-notice.html> dernière visite le 12.10.2016.

[183] THEIS Lucy, GAMBLE Natalie, GHEVAERT Louisa, « *Re X and Y* (Foreign Surrogacy): 'A trek through a thorn forest' », *Fam. Law* March 2009, pp. 239-243. Les difficultés qui peuvent naître en raison d'un recours des couples des Anglais à l'étranger sont nombreuses. Il est à noter que l'Autorité britannique insiste dans son site de l'importance que les personnes intéressés à un tel processus obtiennent des informations par des avocats spécialistes en droit d'« immigration » pour qu'ils soient certains que la condition de la domiciliation au Royaume-Uni est réunie.

Le recours dépend, donc, d'une décision judiciaire[184]. Trois principes délimitent ce recours : l'interdiction d'une relation génétique avec la mère porteuse, la gratuité de l'apport de la gestatrice, et l'accès uniquement pour des raisons médicales. Le contrôle judiciaire, contrairement au cadre juridique anglais, ne porte que sur la légalité du procédé et non sur son opportunité. Par conséquent, le processus ne peut aucunement être assimilé à une adoption. De plus, d'après l'article 1464 du Code civil grec, l'autorisation judiciaire fait que la mère d'intention est juridiquement reconnue comme la mère de l'enfant né, sauf s'il est prouvé que ce dernier a des liens génétiques avec la mère porteuse. S'agissant du principe de gratuité, celui-ci n'exclut pas le recouvrement des dépenses de la mère porteuse et son indemnisation. Le montant des dépenses et de l'indemnisation attribuée, qui couvrira entre autres tout préjudice de la mère porteuse, comme les salaires perdus et le coût des examens médicaux, est fixé par l'Autorité grecque de la Procréation Assistée[185]. Par ailleurs, toute stipulation incluse dans l'accord entre la mère d'intention et la mère porteuse compromettant l'autodétermination de la dernière ou allant à l'encontre des bonnes mœurs est nulle et ne peut pas être exécutée par les tribunaux[186].

---

184 V. PAPACHRISTOS C. Athanassios, « Le don d'utérus et le droit hellénique », in MONÉGER Françoise (sous la dir. de), Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood, XVIIIe Congrès Washington, les 25-31 juillet 2011, Lex Multiplex Jus Unum, Société de Législation Comparée, Paris, 2011, pp.169-171.

185 Article § 5 de la Loi 3305/2007 sur la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation. L'art 2 de la décision ministérielle no 36 [JO B´ 670/16.04.2008] prévoit que : « La femme qui porte et donne naissance à un enfant pour le compte d'une autre femme est compensée pour toutes les dépenses qui ont été nécessaires pour atteindre la grossesse, la gestation et l'accouchement à condition que celles-ci ne soient pas couvertes par sa sécurité sociale. Le montant qui sera payé résulte des quittances issues conformément au droit fiscal. Ces dépenses sont recouvrables uniquement si l'autorisation judicaire nécessaire pour la gestation pour autrui a été attribuée ». De plus l'article 4 de la même décision prévoit que : « La femme qui porte un enfant pour le compte d'une autre femme est compensée pour l'absence de son travail, qui est nécessaire pour atteindre la grossesse, pour la gestation, l'accouchement et la puerpéralité. Si la gestatrice est dans une relation de travail, l'indemnisation est due si pendant l'absence du travail susmentionnée aucun salaire ou autre indemnisation n'a été versée à elle pour une raison ou une autre. Le montant de l'indemnisation résulte d'une déclaration formelle de la gestatrice, dans laquelle sont déclarées la durée exacte de l'absence du travail comme d'ailleurs la perte des revenus. Si la gestatrice est en chômage, le montant de l'indemnisation couvre l'argent qu'elle recevrait, conformément à ses qualifications professionnelles, si elle travaillait. En aucun cas, le montant de l'indemnisation n'excédera les 10.000 €. L'indemnisation est due uniquement si l'autorisation judiciaire requise par la loi a été attribuée ».

186 KOUNOUGERI-MANOLEDAKI Efie, « Surrogate Motherhood in Greece (According to the New Law on Assisted Reproduction) », in *The international Survery of Family Law* (Published on behalf of the International Society of Family Law; Gen. Editor: Bainham Andrew), 2005 Edition, Jordan Publishing Limited, 2005, pp. 267-274 et préc. pp. 270-271.

§ 2. Les effets divergents de la gestation pour autrui.

A. LES EFFETS DANS UN MODÈLE LIBÉRAL

Le paysage juridique aux États-Unis est ambigu. Le fait que, même dans des juridictions interdisant la gestation pour autrui, les parents d'intention ont des chances de se voir attribués une ordonnance de parenté témoigne cette ambiguïté[187]. Nous examinerons ci-après le lien de filiation qui peut être établi suite à une gestation pour autrui ainsi que les bases juridiques invoquées à l'appui de la filiation des enfants nés. Nous débuterons cet aperçu général des États des États-Unis n'ayant pas des dispositions explicites relatives à la filiation suite à une gestation pour autrui. Dans ces États, ce sont les dispositions du droit de la filiation antérieures à l'avènement de l'assistance médicale à la procréation qui servent d'appui pour l'établissement de la filiation.

Le fondement juridique sur lequel repose la création du lien de filiation varie selon que les forces génétiques des parents d'intention ont été, ou non, utilisés pour concevoir l'enfant. Ainsi, lorsque, par exemple, une insémination des ovules de la mère porteuse avec le sperme du père d'intention a eu lieu, l'existence du lien génétique permet d'invoquer des dispositions relatives à la paternité, conçues avant l'avènement de l'assistance médicale à la procréation, pour créer la filiation avec le père d'intention. Dans ce cas, l'épouse ou la compagne du père génétique doit, pour sa part, demander l'adoption de l'enfant pour créer un lien de filiation. En l'absence de lien génétique entre l'enfant et le père d'intention, la voie de l'adoption est la seule alternative disponible aux parents d'intention. Cette voie est celle empruntée dans les cas de gestation pour autrui traditionnelle. Par ailleurs, la gestation pour autrui traditionnelle implique beaucoup d'incertitudes quant aux liens de filiation, puisque la mère porteuse a, dans la plupart des

[187] La Cour suprême de l'État de New York dans l'affaire *Arredondo* c. *Nodelman* [622 N.Y.S.2d 181 (Sup. Ct. 1994)] en appel a décidé de reconnaître la mère intentionnelle, génétiquement liée à l'enfant, comme sa mère légale malgré les stipulations contraires de la loi. Le tribunal s'est prononcé plus en termes d'équité qu'en s'appuyant sur une stricte analyse du droit positif. Il paraît que cette analyse a été facilitée par le fait que ni la ville de New York, ni la mère porteuse n'ont contesté la requête de la mère intentionnelle. V. aussi *Andres A.* c. *Judith N.*, 591 N.Y.S.2d 946 (N.Y. Fam. Ct. 1992) ; SNYDER H. Steven, BYRN Mary Patricia, « The Use of Prebirth Parentage Orders in Surrogacy Proceedings », *Fam. L.Q.*, 2005-2006, pp. 633-662 et spéc. pp. 657-658; SNYDER Steven, « United States », in Paul BEAUMONT, *op.cit.*, p. 391.

cas le droit de renoncer à sa participation au projet parental et garder l'enfant[188]. En revanche, lorsque la gestation n'implique pas l'apport génétique de la mère porteuse, les fondements sur lesquels elle peut reposer pour revendiquer une filiation avec l'enfant né, sont plus ténus. Toutefois, même si la gestation s'effectue avec les ovules d'une tierce donneuse, la mère porteuse est présumée mère en raison de l'accouchement. La mère d'intention peut toutefois demander l'adoption, ses modalités dépendant du lien biologique du père d'intention avec l'enfant né[189]. Par contre, lorsque l'enfant est conçu avec le matériel génétique des deux membres du couple des parents d'intention, ceux-ci ont, grâce au lien génétique, une base juridique solide pour parvenir à établir leur filiation. Ainsi, lorsque toutes les parties prenantes sont d'accord sur la question de la filiation, les parents d'intention sont reconnus comme les seuls parents en droit. Or, même en cas de désaccord entre eux, les tribunaux les reconnaissent, le plus souvent, en tant que parents, soit grâce à leur lien génétique, soit en se fondant sur l'intention de fonder une famille, sans laquelle le projet parental n'aurait jamais été entamé[190]. Toutefois, il a été fait remarquer, à juste titre, que l'établissement de la filiation après la naissance de l'enfant est source d'incertitude. C'est pour cette raison que des procédures d'établissement de la filiation avant la naissance de l'enfant, appelées communément *prebirth parentage orders*, sont souvent utilisées[191]. Cette voie procédurale, qui n'a pas été conçue expressément pour la gestation pour autrui, n'est pas pour autant obligatoire. Le *parental order* est également la voie suivie en Californie.

Le cadre juridique californien en matière de gestation pour autrui est parmi les plus permissifs[192]. Dans cet État, la question de la parenté a été résolue par l'apport progressif de la jurisprudence et notamment de deux affaires, à savoir l'affaire *Johnson* c.

---

188 SNYDER H. Steven, BYRN Mary Patricia, « The Use of Prebirth Parentage Orders in Surrogacy Proceedings », *Fam. L.Q.*, 2005-2006, pp. 633-662 et spéc. p. 639.

189 SNYDER H. Steven, BYRN Mary Patricia, « The Use of Prebirth Parentage…», *op.cit.*, pp. 640-641.

190 SNYDER H. Steven, BYRN Mary Patricia, « The Use of Prebirth Parentage…», *op.cit.*, note…, pp. 641-642; Smith c. Brown, 718 N.E.2d 844 (Mass. 1999); Belsito c. Clark, 644 N.E. 2d 760 (Ohio Ct. C.P. 1994); Johnson c. Calvert, *op.cit.* , *infra.*

191 SNYDER H. Steven, BYRN Mary Patricia, *op.cit.*, note…, pp.

192 Contrairement à d'autres États l'État d'Illinois a légiféré en 2004 en permettant la gestation pour autrui en prévoyant explicitement une indemnisation (750 Ill Comp. Stat. §§ 47/1-47/75 (2004). Le processus instauré ne nécessite aucune intervention étatique. Les parents intentionnels sont censés d'être les parents légaux de l'enfant dès sa naissance à condition que le contrat conclu par les parties remplisse les conditions requises par la loi (750 Ill Comp. Stat. §§ 47/25). Le couple des parents d'intention établit un lien de filiation avec l'enfant si les avocats qui représentent eux et la mère porteuse certifient que les parties contractantes ont eu l'intention de satisfaire les conditions prévues par la *section* 25 de la loi d'Illinois à l'égard de l'enfant. L'avantage de cette procédure qui permet l'établissement d'avance la filiation consiste en ce qu'il n'implique pas le coût financier et le temps requis que des procédures analogues dans d'autres États occasionnent. D'ailleurs, l'État d'Illinois fait de l'intention le critère déterminant pour l'établissement de la filiation dans le contexte d'une gestation pour autrui. Au final, ce cadre juridique facilite uniquement l'établissement des actes de naissance pour des gestations pour autrui conformes aux restrictions posées par la loi. : (SNYDER Steven, BYRN Mary Patricia, *op. cit.*, note…, pp. 654-655).

Calvert[193] et l'affaire *Buzzanca c. Buzzanca*[194]. Dans l'affaire *Johnson c. Calvert* les parents d'intention étaient tous les deux génétiquement liés avec l'enfant accouché par la mère porteuse. Le tribunal a reconnu, en ce qui concerne la question de la filiation maternelle, que les deux femmes, à savoir la mère porteuse et la mère génétique, avaient toutes les deux des titres juridiques à valeur égale pour établir le lien juridique de la filiation. Devant l'impasse, les juges ont fait prévaloir comme critère pour la détermination de la mère légale l'intention du couple des parents d'intention, paramètre privilégiant l'établissement de la filiation avec la mère d'intention[195]. Ce critère a été étendu par la suite dans l'affaire *Buzzanca*. Cette jurisprudence a cristallisé la pratique libérale existante en Californie. Il faut toutefois éviter de conclure que la détermination des liens de parenté, suite à une gestation pour autrui, est entièrement laissée à la libre disposition des parties. La teneur des stipulations incluses dans une convention portant sur une gestation pour autrui et les conditions dans lesquelles elle est effectuée sont déterminantes pour la résolution de la question de la parenté, comme en atteste la décision *Moschetta*[196]. En l'espèce, la mère intentionnelle n'ayant pas de lien génétique lui permettant d'établir sa filiation sur la base des présomptions de la législation californienne, seule l'adoption était possible pour elle. Pour autant, le contrat de gestation pour autrui signé, laissait présumer que le lien de filiation aurait pu être créé grâce à une ordonnance parentale. La différence de moyen nécessaire pour la construction du lien de filiation emporte des conséquences, étant donné que dans des cas où seule l'adoption est possible, celle-ci ne peut avoir lieu qu'après la naissance de l'enfant, tandis que lorsqu' un lien génétique avec le couple d'accueil existe, une ordonnance parentale avant la naissance est *a priori* envisageable. Enfin, le fait que les liens de filiation tissés suite à une gestation pour autrui ne dépendent pas de manière absolue de la volonté des individus, est démontré par la dernière modification du droit californien, qui encadre de manière précise ce processus.

Ainsi, la *section* 7962 (c) C. fam. Cal. apporte des précisions quant à la procédure de l'ordonnance parentale, laquelle peut aussi bien être initiée avant qu'après la naissance. Ladite disposition prévoit que les parties dans une convention de gestation pour autrui certifient que l'accord a eu lieu en conformité avec les conditions requises par la loi. Le contrat soumis aux juges doit inclure l'expression claire de la volonté des parents

---

[193] *Johnson v. Calvert*, 5 Cal 4th 84, 19 Cal Rptr 2d 494, 851, P.2d 776 (cert. denied 510 US 874, 114 S Ct 206, 126 L Ed 2d 163) (Cal. 1993).
[194] *Buzzanca v. Buzzanca*, 61 Cal App 4th 1410, 72 Cal Rptr 2d 280 (Cal Ct App 1998) ; v. SNYDER Steven, « United States », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS, *op.cit.*, p. 389.
[195] SNYDER H. Steven, BYRN Mary Patricia, « The Use of Prebirth Parentage Orders… », *op.cit.*, p. 644.
[196] *In re Marriage of Moschetta*, 30 Cal Rptr. 2d 893 (Ct. App. 1994).

d'intention de devenir les parents en droit de l'enfant qui sera né, et celle de la gestatrice, de ne pas être responsable juridiquement de cet enfant. Selon la *section* 7962 (f) (2) C. fam. Cal., l'ordonnance parentale rendue établit le lien de parenté avec les parents d'intention, et met fin aux droits de parenté de la gestatrice. Cette procédure est obligatoire afin que la gestatrice ne soit plus considérée en tant que parent, et pour qu'un certificat de naissance soit établi conformément à l'ordonnance rendue. L'ordonnance parentale sera attribuée même si, parfois, certaines conditions ne sont pas remplies. Il faudra dans ce dernier cas que l'avocat du couple prouve que l'essentiel des conditions requises par la loi sont réunies. Tel peut être le cas lorsque le contrat n'a pas été pas signé devant un notaire. Enfin, l'ordonnance relative à la parenté est définitive. En théorie, une telle décision peut dans des circonstances exceptionnelles, faire l'objet d'un recours comme lorsqu'une erreur ou une fraude a eu lieu. Toutefois, jusqu'à aujourd'hui, aucun recours de ce type n'a été exercé sur un tel fondement[197].

B. LES EFFETS DANS DES MODÈLES RÉGLEMENTÉS

1. Le cadre juridique anglais

Pour établir un lien de filiation avec les parents d'intention au Royaume-Uni, il suffit que les conditions décrites ci-dessus soient remplies. Les effets de la filiation, établie par le *parental order*, sont ceux que le droit anglais prévoit pour l'adoption. Toutefois, il faut souligner que l'enfant est traité comme l'enfant des requérants suite au prononcé du *parental order* (*section* 54 (1) LFEH 2008). La responsabilité parentale de l'enfant est attribuée aux parents d'intention et supprime toute responsabilité qu'une autre personne aurait pu avoir avant l'attribution du *parental order*[198]. Toute relation de l'enfant avec la gestatrice ou son conjoint est exclue. Bien que la loi anglaise soit très ouverte, beaucoup de couples vont à l'étranger pour avoir accès à la gestation pour autrui souvent en payant des sommes d'argent considérables[199]. Lors du retour, ces couples font fréquemment face

[197] SNYDER Steven, « United States », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS, *op.cit.*, p. 389.
[198] STOLL Jane, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood, Swedish Law in a Comparative Context*, Uppsala Universitet, Uppsala, 2013, p. 188.
[199] Sur les sommes payées à l'étranger v. PARIZER-KRIEF Karène, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne, De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *R.I.D.C.* 2011, pp. 645-659.

à des difficultés pour qu'ils soient reconnus comme les parents légaux. Toutefois dans la grande majorité des cas, un lien de filiation est établi[200].

2. Le cadre juridique grec

a. Établissement de la filiation

S'agissant de l'établissement de la filiation maternelle, le jugement d'autorisation résout la question avant l'entreprise de tout acte médical. L'acte de naissance mentionne, obligatoirement, comme mère la femme ayant bénéficié de l'autorisation (Article 1464 § 2 C. civ. grec). S'agissant de la filiation paternelle, les règles posées pour l'établissement de la filiation hétérologue paternelle s'appliquent. Il faut noter, au préalable, que chaque acte médical visant à l'assistance à la procréation requiert le consentement écrit des personnes ayant formulé le projet parental[201]. Concernant les couples vivant en union libre, le Code civil demande un consentement donné par acte notarié[202]. Ainsi l'article 1475 § 2 du Code civil grec prévoit que :

> *« … Le consentement notarié de l'homme à l'insémination artificielle visé par l'article 1456 § 1 al. b, tient lieu de reconnaissance volontaire. Le consentement donné par la femme vaut aussi consentement de sa part à la reconnaissance volontaire… ».*

Dans le cas des couples mariés, la présomption du mariage explique le fait qu'un consentement notarié n'est pas nécessaire[203]. D'autres modèles juridiques suivent une logique similaire dans la réglementation de l'établissement de la filiation[204].

---

[200] *Ibid.*, pp. 655-658; CAMPBELL Denis, « Couples who pay surrogate mothers could lose right to raise the child, High court could refuse recognition to people who flout law by paying disproportionate fees to a surrogate mother overseas », *Guardian*, 05.04.2010 consultable sur:
<http://www.guardian.co.uk/uk/2010/apr/05/surrogacy-parents-ivf> dernière visite le 12.10.2016.

[201] Article 1456 du Code civil grec : « *Chaque acte médical qui vise à l'assistance à la reproduction humaine, selon les termes de l'article précédent, est effectué avec le consentement écrit des personnes qui désirent procréer.*
… »

[202] Article 1456 al. 2 du Code civil grec : « *Si l'assistance concerne une femme non mariée, le consentement de celle-ci et, en cas d'union libre, de l'homme avec qui elle vit, est donné par acte notarié*
…».

[203] " Article 1465 du Code civil grec : « *Présomption de naissance dans le mariage. L'enfant né durant le mariage de sa mère ou dans les trois cents jours qui suivent sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour père le mari de la mère (enfant né dans le mariage). Est également considéré comme enfant né dans le mariage l'enfant né après insémination artificielle post mortem, si l'autorisation judiciaire requise selon l'article 1457 a été accordée. Si l'enfant est né après le trois centième jour qui suit la dissolution ou l'annulation du mariage, la charge de la preuve de la paternité du mari incombe à celui qui l'invoque. Il en est de même également quand l'insémination artificielle a eu lieu après le décès du mari, malgré l'absence d'autorisation judiciaire.* ». V. aussi article 1471 du Code civil grec : « *La contestation de paternité est également exclue*

b. Contestation de la filiation

La violation de la condition nécessitant que la mère porteuse n'ait pas de lien génétique avec l'enfant peut avoir des conséquences sur le plan de la filiation[205]. La gestation pour autrui traditionnelle est interdite en Grèce. Ainsi, si un lien génétique existe entre la mère porteuse et l'enfant, le lien de filiation peut être contesté en justice (art. 1464 C. civ. grec). Une action de contestation peut être portée dans un délai de six mois à partir de la naissance de l'enfant, soit par la gestatrice, soit par la femme ayant obtenu l'autorisation de procéder à la gestation pour autrui. La décision établissant que l'enfant est issu biologiquement de la gestatrice rend cette dernière mère en droit et son effet est rétroactif.

---

après le décès de l'enfant, sauf si l'action y relative avait déjà été intentée. Ne peuvent exercer l'action en contestation de la paternité:
1. le mari de la mère, s'il a reconnu que l'enfant est issu de lui avant que la décision concernant la contestation ne soit devenue irrévocable;
2. tous les ayants droit visés à l'article 1469, si le mari a consenti à l'insémination artificielle de son épouse. » (Nous soulignons).

[204] Parmi les États qui conditionnent l'accès à une gestation pour autrui à une autorisation judiciaire quatre États fédéraux des Etats-Unis peuvent être cités: New Hampshire, Texas, Virginie et Utah. Contrairement au cadre juridique grec ces autorisations judiciaires n'entraînent pas des conséquences automatiques sur le plan de la filiation avec le couple des parents. En outre, ces États requièrent que l'inscription des noms des parents d'intention s'opère après la naissance de l'enfant (N.H. Rev. Stat. Ann. § 168-B: 26 (1995); Tex. Fam. Code Ann. § 160.760 (Vernon 2003) ; Utah Code Ann. § 78-45g-807 (2005) ; Va. Code Ann. § 20-160(D) (2000). Ainsi à New Hampshire la mère porteuse a le droit de changer d'avis dans les 72 heures suivant la naissance de l'enfant à condition de notifier son intention au couple à l'origine du projet parental (N.H. Rev. Stat. Ann. § 168-B: 25 (IV) (1990) ; La loi Uniforme sur le Statut des Enfants nés d'une Procréation Assistée (*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* – ci-après LUSEPA) a été promulguée par *la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* a servi d'appui pour certaines solutions adoptées. Ainsi, Virginie ayant adopté la version A de LUSEPA, requiert pour l'établissement de la parenté une procédure supplémentaire pouvant survenir avant ou après la naissance de l'enfant (Va. Code Ann. §§ 20-156 à 20-165 (Michie 1991). Des accords n'ayant pas reçu une autorisation judiciaire préalable (Va. Code Ann. §§ 20-162) ne sont pas nécessairement nuls ou sans effet. Enfin, Utah et Texas ont adopté la version 2000 de la Loi Uniforme sur la Parenté (*Uniform Parentage Act*). Ceux-ci à l'instar de la loi uniforme ont instauré une autorisation judiciaire préalable afin de reconnaître des effets aux accords visant à la mise en œuvre d'une gestation pour autrui. À défaut d'une telle autorisation la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui sera déterminée selon les autres dispositions de la Loi Uniforme sur la Parenté. En conclusion, on peut dire que les modèles adoptés par ces quatre États ainsi que la dernière version de la loi Uniforme sur la Parenté démontrent une tendance vers un contrôle qui a lieu avant le commencement du processus. Les incertitudes ne sont pas inexistantes mais il est permis de croire que de tels modèles sont susceptibles de créer une prévisibilité accrue quant au statut des enfants. On a néanmoins remarqué que parfois le coût de telles procédures d'autorisation est assez élevé de sorte que des couples préfèrent de passer outre des pareilles formalités (SNYDER H. Steven, BYRN Mary Patricia, op.cit., note…, pp. 651-654 ; V. particulièrement la note 73..

[205] Article 1464 du Code civil : « *En cas de procréation artificielle, et de gestation par une autre femme selon l'article 1458, est présumée mère de l'enfant la femme à laquelle a été accordée l'autorisation judiciaire. Cette présomption est renversée par l'action en contestation de la maternité, exercée dans un délai de six mois à partir de la naissance, soit par la mère présumée, soit par la femme gestatrice, s'il est prouvé que l'enfant est issu biologiquement de cette dernière. …*
Suite à la décision judiciaire irrévocable qui fait droit à l'action, l'enfant a rétroactivement depuis sa naissance pour mère, la femme gestatrice. »

§ 3. Appréciation de la gestation pour autrui

Le procédé de la gestation pour autrui a fait l'objet d'innombrables critiques.[206] Il reste interdit dans la majorité des pays européens. Les arguments soulevés à son encontre sont, entre autres, le danger de commercialisation de l'enfant et du corps des femmes, le risque d'exploitation de la gestatrice, la violation du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines. Il lui est en outre reproché de compromettre de manière démesurée l'autonomie de la femme qui décide de porter un enfant pour le compte d'autrui. Certaines critiques vont jusqu'à faire un parallèle entre la gestation pour autrui et l'esclavage. Il convient, tout d'abord, d'observer que certaines de ces objections font écho à des problèmes et des risques réels. Toutefois, nous pensons que cette pratique, lorsqu'elle est juridiquement encadrée et contrôlée, est juridiquement et moralement acceptable. La pertinence de certains arguments juridiques sera examinée ultérieurement, puisque cet examen doit être mené dans le contexte d'un ordre juridique donné. Nous tenterons de répondre aux arguments qui considèrent cette pratique comme moralement inacceptable[207]. Il convient à cette fin de noter que, souvent, la critique contre le processus ne prend pas en considération une série de cas n'impliquant pas la commercialisation du corps humain, comme lorsque celui-ci s'effectue à l'aide de la mère, de la sœur, de la belle-sœur ou d'une amie des parents d'intention. Ensuite, l'argument de la commercialisation du corps n'explique pas en quoi la gestation pour autrui est un service différent d'autres activités rémunérées impliquant l'emploi des forces physiques. Le travail des ouvriers dans des mines, dans des chantiers navals, dans l'industrie nucléaire ou encore le travail des professionnels de l'armée constitue également une mise à disposition du corps humain à des fins économiques. En outre, les activités qui viennent d'être mentionnées – contrairement à la gestation pour autrui– ont des conséquences directes et dans une certaine mesure inévitables sur la santé des travailleurs et conduisent fréquemment à une espérance de vie réduite[208]. Cela n'a pas conduit, pour autant, à les interdire. Certains rétorquent que la gestation pour autrui constitue une vente d'enfant intolérable pour les valeurs de nos sociétés. L'argument ne peut pas être accepté. Le transfert de la

---

[206] Pour une critique très analytique de la gestation pour autrui v. FABRE-MAGNAN Muriel, La gestation pour autrui. Fictions et réalité, Paris, Fayard, 2013.

[207] V. en détail ROKAS Konstantinos, « National Regulation and Cross-border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations », *Yearbook of Pil* 2014-2015, pp. 289-314, spéc. p. 310 et *seq*.

[208] VIDALIS Takis, Surrogacy and Reproductive Tourism, in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 169-173, spéc. p. 172.

responsabilité parentale de l'enfant à la suite d'une gestation pour autrui n'est pas lié à la rémunération versée à la gestatrice, mais au fait que les parents d'intention s'engagent dès le début dans un projet parental impliquant le plus souvent leur matériel génétique. Ceux-ci s'engagent non seulement grâce à l'utilisation de leur matériel génétique, mais aussi psychologiquement et financièrement. De plus, même dans les ordres juridiques les plus libéraux, le transfert de la responsabilité parentale ne dépend pas de la rémunération. Ainsi, dans le cas où les parents d'intention sont dans l'incapacité de rembourser leurs dettes, la gestatrice ne peut pas refuser de leur rendre l'enfant. L'explication réside dans le fait que dans les pays autorisant la gestation pour autrui, le fondement de la création du lien de parenté est l'intention de devenir parents, et non pas la rémunération versée à la gestatrice.

Or l'objection de l'exploitation de la gestatrice mérite également qu'on s'y intéresse. La pratique implique des risques d'exploitation. Toutefois, ces risques sont liés aux conditions de vie existantes dans certains ordres juridiques où le processus est pratiqué. Ainsi, des comportements qui peuvent être considérés comme relevant de l'exploitation existent notamment dans certaines cliniques des pays comme l'Inde ou la Thaïlande, mais il n'existe pas de preuve d'une telle exploitation dans des pays où la pratique est aussi autorisée comme les États-Unis, le Royaume-Uni, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande. D'ailleurs, de tels risques existent aussi par rapport à d'autres pratiques comme le don d'organes. Dans certains pays, la vente d'organes est une réalité mais cela n'a pas conduit à l'interdiction du don d'organes entre membres de la même famille dans un grand nombre des sociétés européennes. En ce qui concerne l'accès aux origines, il constitue aussi un argument contre cette pratique. Il n'est pas toutefois à lui seul suffisant pour conduire à une interdiction absolue, puisqu'il est possible de satisfaire l'exercice de ce droit. On reproche aussi à la gestation pour autrui qu'elle promeut l'inégalité entre hommes et femmes. Debra Satz soutient que la gestation pour autrui reproduit les stéréotypes sur les rôles des femmes, augmente le contrôle sur le corps des femmes et transmet une image d'elles assimilable à des machines à bébés[209]. Il faut à cet égard noter que les clauses incluses dans les contrats de gestation pour autrui limitant l'autonomie des femmes ne sont pas valables. En outre, la possibilité pour une femme de devenir gestatrice lui permet de contribuer au projet parental d'un couple de

[209] V. en ce sens SATZ Debra, *Why Some Things Should not Be for Sale*, *The Moral Limits of Markets*, Oxford University Press, 2012, pp. 117, 127-133 ; par rapport à cet argument v. aussi : TOBIN John, « Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?, *I.C.L.Q.* 2014, pp. 317-352, spec. pp. 346-347.

manière beaucoup plus significative qu'un homme. Des recherches conduites relativement aux conditions qu'une gestation pour autrui est effectuée permettent d'ailleurs de briser les clichés d'exploitation féminine[210]. Il faut aussi ajouter que la gestation et l'accouchement n'impliquent pas le même degré de danger pour toutes les femmes et que certaines mènent des grossesses dans des conditions beaucoup plus faciles que d'autres femmes. Pour ces femmes qui ont une telle « capacité », participer à une gestation pour autrui et aider un couple ayant un problème de fertilité à avoir un enfant peut être particulièrement gratifiant. Le fait que ce processus implique une indemnisation de nature financière n'exclut pas que d'autres motivations animent aussi la décision des femmes devenant gestatrices[211]. Enfin, pour ce qui concerne les objections relatives aux limites à l'autonomie personnelle, il ne faut pas oublier l'existence des limites de l'autonomie dans d'autres domaines. Ainsi, des limitations très importantes existent dans les contrats des sportifs de haut niveau. Ces contrats prévoient fréquemment des contrôles très minutieux du régime, des obligations des tests médicaux périodiques, des limitations de la liberté à circuler la veille des compétitions. Des limitations de l'autonomie très sérieuses sont incluses également dans les contrats des professionnels de l'armée, qui ne peuvent pas, par exemple, démissionner à n'importe quel moment[212] .

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'étude du droit substantiel a eu pour objectif de dégager les questions juridiques qui se posent en raison de l'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation ainsi que de mettre en avant la variété et la diversité des réponses adoptées par certains ordres juridiques. Il ressort de cette présentation que l'avènement des nouvelles technologies a été suivi par la création des nouvelles formes de filiations. Dans un nombre considérable de pays, l'autorisation de la gestation pour autrui indique que la conception juridique du lien de la filiation maternelle dépasse aujourd'hui l'axiome *mater semper certa est*. En même temps, les moyens technologiques permettent l'accès à la procréation médicalement

[210] ROZÉE Virginie, UNISA Sayeed, DE LA ROCHEBROCHARD Elise, « La gestation pour autrui en Inde », *Population & Sociétés* octobre 2016, pp. 1-4, spéc. p. 3.
[211] TAYLOR Rosie, ARNOLD Sarah, « Hoping for yet another baby, Britain's most prolific surrogate mother who has given birth to 15 children...and given 13 away », *Daily Mail,* 15 mars 2015, consultable sur : <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2996312/Hoping-baby-Britain-s-prolific-surrogate-mother-given-birth-15-children-given-13-away.html> dernière visite le 12.10.2016.
[212] SATZ Debra, *Why Some Things Should not Be for Sale*, *The Moral Limits of Markets*, Oxford University Press, 2012, p. 119.

assistée aux personnes indépendamment de leur orientation sexuelle. D'où la création de familles composées par deux parents de même sexe, d'abord entre des couples de femmes, et par la suite entre couples d'hommes avec l'apport d'une gestatrice. Cette nouvelle réalité a été suivie par l'institution dans certains ordres juridiques d'un double lien de filiation monosexué. En Belgique, en Angleterre, en Suède, au Québec et aux Pays-Bas, on a prévu à l'instar des filiations traditionnelles la création automatique d'un nouveau lien de filiation immédiatement après la naissance de l'enfant conçu par procréation médicalement assistée. Assez souvent, la création de ces liens de filiation inédits nécessite l'intervention d'une autorité publique ou d'une juridiction. En outre, la possibilité de cryoconservation du matériel génétique étend les limites temporelles du recours à la procréation en la rendant possible même après le décès du géniteur, voire de la génitrice. L'assistance à la procréation *post mortem* permet, de la sorte, la réalisation d'un projet parental qui aurait pu se former avant le décès d'un des deux membres d'un couple. Ce processus, relativement marginal dans la pratique internationale, entraîne néanmoins, des difficultés nouvelles telles que celle du lien de filiation avec la personne décédée. Ce lien est admis dans des pays comme la Grèce et l'Angleterre, et refusé en Belgique. Des différences subsistent en ce qui concerne les effets du lien de filiation sur le plan de la succession. En Grèce, les effets successoraux sont admis explicitement, ce qui n'est pas le cas pour la Belgique et dans une moindre mesure pour le Royaume-Uni. Par ailleurs, des différences subsistent aussi par rapport à la réglementation de l'accès à la procréation médicalement assistée la moins controversée, à savoir celle qui concerne un couple hétérosexuel. La diversité des approches adoptées ne concerne pas seulement les règles substantielles, mais aussi les méthodes empruntées. Ainsi, en matière de gestation pour autrui, des différences sensibles existent d'un ordre juridique à l'autre. En Grèce, le lien de parenté de l'enfant est réglé avant la naissance, contrairement à la réglementation anglaise. Une autre différence tient à la nature des décisions relative à la détermination du lien de filiation qui varie d'un ordre juridique à l'autre. En Angleterre, le *parental order* est de nature décisionnelle bien que le terme utilisé suggère le contraire. Par opposition, en Grèce, la décision d'autorisation pour une gestation pour autrui est de nature administrative, puisque les juges procèdent à un strict contrôle de légalité[213]. Enfin, il importe de noter la dissociation entre les différents pays quant à la conception de la parenté des enfants conçus grâce à une technique d'assistance médicale à la procréation. Les critères socio-affectifs jouent un rôle important dans la construction de la parenté.

[213] Nous reviendrons sur l'importance de cette distinction pour la circulation des filiations dans le premier titre de la deuxième partie.

Les fondements du lien de la filiation varient en fonction des détails de la réglementation des paramètres différents du droit de la filiation tels le délai pour intenter une action, les motifs de contestation de la parenté. Cela conduit aussi à des différenciations sur le plan de la résolution des problèmes tels l'établissement et la contestation de la filiation en fonction du droit applicable. En général, toutes les différences que nous avons tenté de démontrer dans ce chapitre peuvent accroître la difficulté du traitement des problèmes de droit international privé qui surgissent. Examinons maintenant la place de la problématique du droit international privé dans cette réglementation nouvelle relative à l'assistance médicale à la procréation.

CHAPITRE 2

PRÉPONDÉRANCE DE LA RÉGLEMENTATION SUBSTANTIELLE DANS LES TENTATIVES DE COORDINATION

Si les pays adoptant des législations innovantes en matière de statut personnel peuvent, en raison des divergences qui en résultent, exacerber les conflits de lois, ils ont également la possibilité d'adopter des règles ou des mécanismes ayant comme objectif la coordination avec d'autres ordres juridiques. Dans les ordres juridiques de tradition romano-germanique, la présence d'un élément d'extranéité constitue l'indice de ce besoin de coordination. C'est la règle de conflit qui dans ces ordres juridiques est conçue comme le moyen de coordination par excellence. Celle-ci est selon une conception censée désigner l'ordre juridique le plus étroitement lié à la question de droit en cause[214]. Il existe toutefois d'autres moyens de coordination comme la délimitation du champ d'application de la législation substantielle.

En matière de l'assistance médicale à la procréation, la règle de conflit intervient rarement au moment de l'accès à la technique en cause ou de la création du lien de filiation. La plupart des législations examinées ci-après, qui prennent en considération dès la formulation de la réglementation substantielle le phénomène du déplacement transfrontalier des couples à des fins procréatives[215], essaient de réaliser cette coordination, soit en faisant dépendre l'accès au processus d'une condition spatiale, soit en le limitant à leurs nationaux. Des démarches de délimitation de l'accès de ce type ont eu lieu surtout pour la gestation pour autrui et, dans une moindre mesure, pour d'autres procédés de procréation médicalement assistée. Par ailleurs, dans un nombre considérable d'ordres juridiques l'accès aux procédés d'assistance médicale à la procréation entraîne, même en présence d'éléments d'extranéité, l'application du droit du

[214] LAGARDE Paul, « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI* 1986, t. 196.

[215] *Pour un aperçu récent du phénomène v. SHENFIELD F., de MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETTI A.P., NYBOE ANDERSEN A., de WERT G., et GOOSSENS V., the ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, « Cross border reproductive care in six European countries »,* Human Reproduction*, vol. 25, No.6, 2010, pp. 1361–1368.*

for non seulement pour ce qui concerne les conditions d'accès mais aussi pour ce qui concerne la réglementation de la filiation. Il ressort donc de cet examen que la construction des nouvelles règles de conflit en matière de filiation n'a pas été une priorité pour le législateur national.

Seront présentés ci-après les ordres juridiques ayant adopté des dispositions de délimitation du champ d'application de leur législation matérielle comme ceux où l'internationalité de la situation ne provoque pas d'interrogation et n'affecte finalement pas le traitement des problèmes de droit qui se posent. Ces derniers procèdent automatiquement à l'application du droit du for. En contrepoint, nous ne manquerons pas de relever l'existence d'un nombre restreint d'ordres juridiques ayant réservé une place aux règles de conflit au moment de la création des liens de filiation tissés suite à une procréation médicalement assistée.

Nous porterons plus précisément notre attention sur les législations ayant ouvert la voie aux procédés controversés, tels la gestation pour autrui, la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe accompagnée d'une consécration d'un double lien de filiation monosexué, la procréation médicalement assistée *post mortem*. Le même questionnement ne peut pas se poser à l'égard d'une législation ne faisant pas de place à ces processus. En analysant les choix des législations novatrices nous serons à même d'enrichir notre compréhension relative à la place des mécanismes du droit international privé au moment de l'accès à une technique d'assistance à la procréation et au moment de l'établissement du lien de filiation. De la sorte nous démontrerons aussi les conditions dans lesquelles des individus peuvent avoir accès à un traitement reproductif transfrontalier tout en bénéficiant d'une reconnaissance juridique des liens qui seront créés avec l'enfant né.

Nous apprécierons ensuite le caractère, l'effet utile et l'opportunité de l'adoption des dispositions de délimitation du champ d'application d'une législation et des règles de conflit. Nous apprécierons également le choix de certains pays de ne pas différencier leurs solutions en présence des éléments d'extranéité (SECTION 2). Les règles de délimitation que l'on propose d'examiner dans ce contexte ne constituent pas l'outil exclusif de droit international privé. Ces règles sont souvent adoptées par un système de droit international privé incluant déjà des règles de conflit. C'est la raison pour laquelle nous examinerons en outre si, et comment celles-ci, s'articulent avec les règles de conflit existantes ou plus généralement avec le système de droit international privé du pays qui les édicte.

Pour apprécier ces tentatives de coordination nous étudierons également comment l'accès à d'autres institutions du droit de la famille a été délimité spatialement et quelle place a été réservée à la règle de conflit. À cette fin, nous prendrons en considération des conditions de délimitation du champ d'application analogues existantes dans d'autres domaines du droit de la famille et leur coexistence avec le système des règles de conflit. Le parallélisme avec d'autres institutions du droit de la famille a permis l'amélioration de nos connaissances concernant les tendances du droit international privé lorsqu'un ordre juridique s'ouvre à une institution novatrice. Il pourrait être suggéré qu'en droit de la famille il existe des raisons militant en faveur de ce que les législations innovantes définissent avec retenue et circonspection leur champ d'application potentielle. Cette ligne directrice est sujette toutefois à certaines réserves. Cette retenue dans la réglementation de l'accès à des institutions innovantes ne peut qu'être considérée comme une consigne de la technique de légiférer et elle ne peut pas être rattachée à une obligation juridique même lorsque ce questionnement se pose au sein d'une communauté d'États comme l'Union européenne.

Nous présenterons, dans un premier temps, les moyens de coordination empruntés le plus souvent par les législateurs nationaux (SECTION 1) pour traiter, dans un second temps, l'opportunité de ces voies différentes (SECTION 2).

SECTION 1

TENTATIVES DE COORDINATION AU MOMENT DE L'ACCÈS

L'exposé des tentatives de coordination commencera par les pays choisissant une délimitation du champ d'application de leur législation substantielle tout en tenant compte des pays où le problème n'est pas traité et l'accès aux processus est sans limites (§ 1). Nous examinerons par la suite la place résiduelle de la règle de conflit dans les procédés de coordination (§ 2).

§ 1. Tentatives de coordination par le biais de la délimitation du champ d'application du droit substantiel

En droit comparé, le recours à une assistance médicale à la procréation transfrontalière a fortement retenu l'attention des législateurs s'agissant de la gestation pour autrui et dans une moindre mesure en ce qui concerne d'autres procédés de procréation médicalement assistée. Nous examinerons comment cette attention s'est traduite sur le plan de la réglementation en matière de gestation pour autrui, d'une part, (A) et concernant les autres techniques de procréation médicalement assistée, d'autre part (B).

A. EN MATIÈRE DE GESTATION POUR AUTRUI

Les législateurs envisagés sont intervenus en matière de gestation pour autrui[216], et malgré l'absence de limites de droit international public quant à l'exercice de la compétence étatique en matière de droit privé[217], ils ont, en plusieurs occasions, délimité l'accès audit procédé avec retenue. En effet, l'enjeu des limites spatiales des mécanismes est très perçu en ce qui concerne la gestation pour autrui. Ainsi, nous constatons, soit une limitation spatiale par autolimitation du législateur qui craint que son innovation l'expose au *forum*

---

[216] VAN DEN EECKHOUT Veerle, « Promoting Human Rights within the Union : The Role of European Private International Law », *European Law Journal*, vol. 14-n°1, 2008, pp. 105-127 et préc. p.122.
[217] MAYER Pierre, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, pp. 1-29, 349-388, 537-583, spéc. pp. 4, 6-7, 23-29.

shopping[218], soit une absence de limitation spatiale pour favoriser ce forum shopping pour des raisons purement économiques ou humanitaires.

Dans les développements qui suivent nous examinerons les conditions d'ouverture de la gestation pour autrui et en particulier celles pouvant avoir une influence sur l'accès des personnes dans un contexte international. Nous présenterons les solutions grecques (1), et anglaises (2) tout en portant notre regard sur celles adoptés dans d'autres ordres juridiques (3). Commençons notre aperçu par la législation grecque.

1. Le cadre juridique grec

Le législateur grec s'est initialement inscrit dans une logique d'autolimitation en matière de la gestation pour autrui[219]. L'approche choisie pouvait être considérée comme respectueuse des différences culturelles d'autres pays aux législations plus restrictives. L'article 8 de la loi grecque sur l'assistance médicale à la procréation prévoit que les « *articles 1458 et 1464 du Code civil ne sont appliqués qu'au cas où la femme demanderesse et la femme gestatrice ont leur domicile en Grèce* ». Les deux articles ci-mentionnés prévoient respectivement les conditions d'accès à la gestation pour autrui ainsi que ses effets sur le plan de la filiation. L'objectif de cette disposition était notamment d'empêcher le tourisme procréatif[220] et éventuellement l'exploitation de la misère de femmes venues de pays étrangers. Toutefois, aucune motivation propre au droit international privé n'a été invoquée au soutien de cette disposition. Nous verrons ensuite comment cette disposition a été modifiée.

2. Le cadre juridique anglais

Comme nous l'avons déjà souligné[221] la loi sur la Fertilisation Humaine et l'Embryologie prévoit à l'article 54 (4) b [Ancien art. 30 (3) (b)] que le prononcé d'un *parental order* en faveur d'un couple d'accueil est subordonné à la domiciliation d'un au moins de ses deux membres au Royaume-Uni, aux îles *Channel* ou aux îles de *Man*. La loi précise aussi que la possibilité de demander une décision parentale ne dépend pas de l'endroit où la mère porteuse se trouve –au Royaume-Uni ou ailleurs– au moment de l'implantation de

[218] Un tel choix peut d'ailleurs être animé aussi par le respect pour les choix politiques et éthiques différents des autres législateurs.
[219] Loi n° 3089/2002, *JO* A΄327/23.12.2002.
[220] AGALLOPOULOU Ch. Penelope, KOUTSOURADIS G. Achille, *Assistance médicale à la procréation humaine, L. n°3089/2002, Travaux préparatoires-Discussions parlémentaires*, Maison d'éditions Sakkoula, Athènes-Thessalonique, 2004 p. 238.
[221] V. *supra* chapitre 1, section 2, § 1.B.1.

l'embryon ou de son insémination avec le sperme et les gamètes (Sect. 54 (10) [Anc. sect. 34 (11) LFEH 1990[222]]). Selon celle-ci, le couple à l'origine du processus ne peut pas demander un *parental order* si aucun des deux membres n'est domicilié au Royaume-Uni, aux îles *Channel* ou aux îles de *Man*. Pareillement, dans le cas où l'enfant est né à l'étranger, la requête du couple en vue de l'obtention du *parental order* est recevable à condition que l'un de ses deux membres remplisse la condition de domiciliation ci-énoncée. Une condition similaire se retrouve dans d'autres cadres juridiques.

3. Autres cadres juridiques

Le choix de faire dépendre le *parental order* d'un lien avec la juridiction devant laquelle il est demandé a été fait par la majorité des États et des territoires de l'Australie, ayant légalisé la gestation pour autrui[223]. Ainsi, l'Australie-Méridionale prévoit comme condition le domicile[224] tandis que d'autres États et territoires prévoient la résidence[225]. Sur le Territoire de la Capitale Australienne, la raison d'être d'une telle délimitation a été de dissuader le *forum shopping* à un moment où des *parental orders* n'étaient pas disponibles dans l'ensemble des territoires australiennes[226]. Enfin, il est aussi noté que cette condition peut faire l'objet d'une dispense devant dans certaines circonstances exceptionnelles[227].

La même voie de délimitation a été également suivie par la loi israélienne, laquelle prévoit que les personnes participant à une gestation pour autrui doivent avoir leur résidence habituelle en Israël (*Article* 2(2) de la loi israélienne sur les Accords portant sur la gestation des embryons, 5756/1996)[228]. La condition de la résidence s'entend de manière stricte, à savoir, selon le droit international privé israélien, le « centre de la vie ». En outre, le Comité d'approbation, dans son guide relatif à la mise en œuvre de la pratique recommande aux autorités responsables que, lorsqu'une des personnes

---

[222] Art. 30 (11) : « *Subsection (1)(a) above applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or her artificial insemination* ».
[223] KEYES Mary, « Cross-border surrogacy arrangements », *Australian Journal of Family Law* 2011, pp. 28-50, spéc. p. 33.
[224] Family Relationships Act 1975 (SA) *section*10HA (2) (b) (iv).
[225] V. sur le Territoire de la capitale australienne Parentage Act 2004 *section* 24 (e) ; en Nouvelle-Galles du Sud Surrogacy Act 2010 *section* 32 ; en Queensland Surrogacy Act 2010 *section* 22 (2)(g)(ii) ; à Victoria Status of Children Act 1974 *section* 20 (1)(b) ; en Australie-Occidentale Surrogacy Act 2008 *section* 19 (1)(a) ; information puisée dans Mary KEYES, « Cross-border surrogacy agreements », *op.cit.*, p. 33, note 32.
[226] KEYES Mary, « Cross-border surrogacy arrangements », *op.cit.*, spéc. p. 37.
[227] *Ibid.*, p. 33.
[228] SHAKARGY Sharon, « Israel », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp. 231-246, spéc. pp. 235, 242 ; SCHUZ Rhona, « The Developing Right to Parenthood in Israeli Law », in *The international Survey of Family Law*-2014 Edition, (General Editor Bill Atkin) Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2013, pp. 197-225, spéc. pp. 206-211.

participantes à la gestation pour autrui a récemment immigré en Israël, un délai de 18 mois après l'entrée sur le territoire soit respecté. Cependant, il doit être observé qu'il n'existe pas de prohibition absolue pour des étrangers et que le comité décide au cas par cas lorsqu'une des parties n'a pas sa résidence en Israël[229].

Enfin, la même idée de délimitation de la pratique se retrouve aux Pays-Bas. Ainsi, aux Pays-Bas[230] les hôpitaux qui pratiquent la gestation pour autrui requièrent, parmi d'autres conditions, que les intéressés aient la nationalité néerlandaise, qu'ils maîtrisent la langue néerlandaise et qu'ils soient résidents aux Pays-Bas[231]. Ces conditions qui peuvent avoir des conséquences semblables à celles des législations adoptant une condition spatiale pour l'accès à la gestation pour autrui, résultent d'une autolimitation des praticiens.

Examinons maintenant comment, et dans quelle mesure, l'accès à d'autres techniques de procréation médicalement assistée a été délimité.

B. DANS LES AUTRES PROCÉDÉS DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

Nous nous proposons d'examiner les dispositions matérielles d'autres processus de procréation médicalement assistée et leur influence sur les problèmes de droit international privé. Nous constaterons que l'enjeu des limites spatiales est moins clair en ce qui concerne les autres formes d'assistance médicale à la procréation. Les législateurs ont bien conscience du caractère innovant de leurs solutions mais des limites à l'accès sont beaucoup plus difficilement envisageables parce qu'elles impliquent une intervention de l'État directe à la sphère de la vie privée. En même temps, la conscience du caractère innovant amène le législateur anglais à prévoir des solutions matérielles spécifiques pour des cas présentant des éléments d'extranéité. L'exposé des dispositions de délimitation et des dispositions ayant une influence sur le traitement des affaires présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité portera sur successivement le droit anglais (1), le droit grec (2) et le droit suédois (3).

---

[229] SCHUZ Rhona, « Surrogacy in Israël: An Analysis of the Law in Practice », in *Surrogate Motherhood: International Perspectives* (Rachel COOK/ Sclater Shelley DAY / Felicity KAGANAS éds), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003, pp. 35-53, spéc. p.49.

[230] Aux Pays-Bas en l'absence d'interdiction explicite, le procédé est pratiqué dans un centre d'assistance médicale à la procréation.

[231] Information puisée dans Les documents de travail du Sénat, *La gestation par autrui*, Étude de Législation Comparée n° 182, Série Législation Comparée, Janvier 2008, pp. 1-41 et préc. p. 25 consultable sur le site du sénat : http://www.senat.fr/noticerap/2007/lc182-notice.html dernière visite le 12.10.2016.

1. Le cadre juridique anglais

Dans le cadre juridique anglais il existe des dispositions ayant une portée extraterritoriale notamment à propos de la question de la filiation. On trouve, en même temps, d'autres dispositions dont les conséquences dépendent de la double condition que les intéressés aient reçu un traitement au Royaume-Uni et que ce traitement a été effectué par un centre ou un spécialiste agréée à fournir des services de ce type. Cette prise en considération du caractère international d'une situation dans la législation anglaise est probablement liée aux difficultés rencontrées dans l'affaire *Blood*[232]. Cette affaire impliquait un déplacement transfrontalier dans le but d'avoir accès à une insémination *post mortem* et illustre de manière caractéristique les difficultés pouvant surgir en raison des divergences entre législations[233]. Il s'agissait en l'espèce de Mme Diane Blood qui avait pu faire extraire les gamètes de son mari et créer un embryon au Royaume-Uni, avant d'obtenir une autorisation pour se déplacer au Belgique où elle fut inséminée. En dehors d'autres problèmes, la situation qui était en cause montre que dans bon nombre de pays l'accès à la procréation médicalement assistée *post mortem* est soumise uniquement au contrôle des médecins. L'affaire démontre donc, d'une part que l'accès transfrontalier à ces services est dans certains cas plus aisé et, d'autre part que certains pays comme la Belgique n'excluent pas de l'accès à la procréation médicalement assistée des personnes ayant des liens –forts ou faibles peu importe– avec d'autres ordres juridiques. Nous examinerons dans les lignes qui suivent de quelle manière le législateur anglais fait prévaloir sa législation en matière de procréation médicalement assistée en prévoyant des dispositions à portée extraterritoriale (a) dont la portée est limitée lorsque l'accès à une technique a lieu au sein d'un couple qui n'est pas marié ou uni civilement (b).

a. Dispositions à portée extraterritoriale

Le droit anglais attribue une portée extraterritoriale aux dispositions relatives à la filiation pour toute technique de procréation médicalement assistée qu'elle soit effectué par un

[232] BERGÉ Jean-Sylvestre, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood », *JCP* 2000, Doctrine I 206, pp. 289-293.
[233] V. DYER Clare, « Diane Blood law victory gives her sons their 'legal' father », *The Guardian* 19.09.2003, consultable sur : <http://www.theguardian.com/science/2003/sep/19/genetics.uknews> dernière visite le 12.10.2016.

couple hétérosexuel ou non, qu'elle soit effectué avec ou sans le matériel génétique du mari et même lorsque l'accès à cette technique a lieu *post mortem*. Ainsi, la *section* 39 (2) relative à une procréation *post mortem* homologue dispose que : « *Subsection (1) applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination* ». Il ressort de cette disposition que le lieu où la femme se trouve au moment de l'implantation de l'embryon ou du placement du sperme et des ovules ou de son insémination est indifférent pour l'application de la *section* 39 (1) LFEH 2008 qui permet que l'homme décédé soit traité comme le père de l'enfant né[234]. De même, si l'implantation *post mortem* est effectuée sans l'apport génétique du mari[235], ou du compagnon si la femme n'est pas mariée[236], la loi dispose que les effets relatifs à la filiation[237] s'appliquent indépendamment du fait que la femme se trouve au Royaume-Uni ou ailleurs, au moment de l'implantation de l'embryon[238].

La même technique de délimitation spatiale des dispositions (art. 46 (3) LFEH 2008)[239] a été reprise pour les techniques *post mortem* pour des couples de femmes mariées, unis civilement[240] ou qui vivent en concubinage ou en *civil partnership*[241].

Pareillement, en matière d'insémination artificielle –homologue et hétérologue– le lieu où les parties se trouvent au moment où elles entament la procédure est expressément pris en considération dans la délimitation du champ d'application des dispositions afférentes. Ainsi, la *section* 35 (2) LFEH 2008 concernant la définition du père lorsque la procréation hétérologue a lieu au sein d'un couple marié, prévoit que : « *This section applies whether W* [la femme traitée] *was in the United Kingdom or elsewhere at the time mentioned in subsection 1 (a)* »[242]. Cette disposition a son pendant dans la *section* 42

---

234 Le législateur prévoit aussi dans les dispositions relatives à la reconnaissance des enfants nés d'un processus entrepris *post mortem* et plus précisément dans la *section* 41 (3) que :
« *Subsection (2)* [prévoyant que l'homme dont le matériel génétique est utilisé en dehors des conditions de l'article 39 ne peut pas être traité comme le père de l'enfant] *applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination* ». Cette disposition garantit aux donneurs que le transfert à l'étranger d'un embryo conçu au Royaume-Uni avec leur sperme ne conduira pas à créer un quiconque lien de filiation entre eux et l'enfant né après leur décès.
235 S*ection* 40 (1) (c).
236 S*ection* 40 (2) (d) LFEH 2008.
237 Cet effet se produit seulement si l'ensemble des conditions relatives à la filiation sont réunies.
238 Il s'agit de la *section* 40 (3) LFEH 2008 qui prévoit que : « *Subsections (1) and (2) apply whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo* ».
239 *Section* 46 (3) LFEH 2008 : « *Subsections (1) and (2) apply whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo.* »
240 *Section* 46 (1) LFEH 2008.
241 *Section* 46 (2) LFEH 2008.
242 *Section* 35 (1) LFEH 2008: « *If – (a) at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination, W was a party to a marriage, and…* ».

LFEH 2008 s'agissant d'un processus effectué par un couple de femmes mariées ou unies par un *civil partnership*[243].

Il semble toutefois que l'effet extraterritorial des dispositions relatives à la parenté soit limité lorsque les personnes ayant conçu et réalisé le projet parental ne sont pas mariés ou ne sont pas dans un lien conjugal « officiel » d'un autre type, tel le *civil partnership*.

b. Limitation de la portée extraterritoriale

Ainsi, dans le cas d'une procréation médicalement assistée *post mortem* si la femme n'était pas mariée au moment de la création de l'embryon et que son compagnon n'a pas contribué avec son sperme (*section* 40 (2) (b) (d) en combinaison avec *section* 40 (1) (c) LFEH 2008), alors l'embryon doit résulter d'un traitement fourni par une personne agréé au Royaume-Uni. Cela ressort de la *section* 40 (2), qui prévoit que : « *the embryo was not created at a time when W was a party to a marriage or a civil partnership but was created in the course of treatment services provided to W in the United Kingdom by a person to whom a licence applies*, *….then the man is to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of the child* ». Cette limitation résulte aussi de la *section* 40 (2) (f) LFEH 2008 qui prévoit que les conditions requises pour l'attribution de la paternité (*the agreed fatherhood conditions*)[244] doivent concerner un traitement proposée d'avoir lieu au Royaume-Uni par une personne agréée[245].

De même, dans le cas où une procréation assistée hétérologue a eu lieu en dehors du mariage, la *section* 36 LFEH 2008 reconnaissant comme père l'homme remplissant les *agreed fatherhood conditions*, exige que les services aient été fournis au Royaume-Uni par une personne agréée. Plus précisément la disposition 36 (a) LFEH 2008 dispose que: *« If no man is treated by virtue of section 35 as the father of the child and no woman is treated by virtue of section 42 as a parent of the child but- a) the embryo or the sperm and eggs were placed in W, or W was artificially inseminated, in the course of treatment services provided in the United Kingdom by a person whom a licence applies, … then, subject to section 38 (2) to (4), the man is to be treated as the father of*

[243] « *This section applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time mentioned in subsection (1)* ».
[244] Une des conditions requises est le consentement de la personne décédée au processus d'assistance à la procréation.
[245] *Section* 40 (2) (f) « *….immediately before the man's death, the agreed fatherhood conditions set out in section 37 were met in relation to the man in relation to treatment proposed to be provided to W in the United Kingdom by a person to whom a licence applies* ».

the child »[246]. Enfin, une limite territoriale identique est également prévue pour les couples de femmes qui ne sont ni mariées ni unies par un *civil partnership*[247]. Si les deux femmes ne sont pas mariées ou n'ont pas conclu un *civil partnership* il faut que l'embryon soit conçu au Royaume Uni[248], que les conditions de parenté soient réunies et que le traitement ait lieu au Royaume-Uni par une personne agréée[249].

Il ressort des dispositions précitées que les couples qui ne sont pas mariés ou qui ne sont pas unis par un *civil partnership*, et qui ont eu accès à une insémination artificielle hétérologue dans un centre en dehors du Royaume-Uni peuvent être confrontés à des obstacles pour faire établir la parenté de leur conjoint(e). Toutefois, dans le cas d'une procréation effectuée *post mortem* il suffit que la création de l'embryon ait eu lieu au Royaume-Uni puis que le transfert de l'embryon ait été effectué à l'étranger pour que les dispositions relatives à la parenté soient applicables. En toute hypothèse, lorsque les dispositions de la LFEH 2008 relatives à la filiation ne sont pas applicables en raison des limites imposées par les dispositions examinées, le juge anglais devrait puiser sa solution dans la *common law*. Une des voies disponibles dans cette situation sera l'adoption[250]. Des problèmes pourraient surgir dans le cas où les membres d'un couple ne s'entendaient plus. Dans le cas d'un différend portant sur la filiation, l'impossibilité d'établir le lien de filiation avec le père pourrait apparaître comme une violation du principe d'égalité entre les enfants nés dans le mariage et ceux nés en dehors de mariage ainsi qu'entre les conjoints associés dans un processus d'assistance dans le mariage.

En tous les cas, l'étude du droit anglais révèle l'utilisation des règles à portée extraterritoriale dont l'objectif est de traiter des problèmes à dimension internationale. La

---

246 *« Si aucun homme n'est considéré en vertu de l'article 35 comme le père de l'enfant et aucune femme n'est considérée en vertue de l'article 42 comme le parent de l'enfant mais- a) l'embryon ou le sperme et les ovules étaient implantées à W, ou si W était artificiellement inséminée, dans le cadre d'un traitement reçu au Royaume-Uni par une personne agréée à cet objecti,… dans ce cas l'homme sera considéré conformément aux articles 38 (2) à (4), comme le père de l'enfant* ».

247 Il s'agit de la section 43 LFEH qui prévoit que : « *If no man is treated by virtue of section 35 as the father of the child and no woman is treated by virtue of section 42 as a parent of the child but –(a) the embryo or the sperm and eggs were placed in W, or W was artificially inseminated, in the course of treatment services provided in the United Kingdom by a person to whom a licence applies,…then, subject to section 45 (2) to (4), the other woman is to be treated as a parent of the child* ».

248 *Section* 46 (2) (b) LFEH 2008 : « *the embryo was not created at a time when W was a party to a marriage or a civil partnership, but was created in the course of treatment services provided to W in the United Kingdom by a person to whom a licence applies* ».

249 *Section* 46 (2) (e) : « *immediately before the other woman's death, the agreed female parenthood conditions set out in section 44 were met in relation to the other woman in relation to treatment proposed to be provided to W in the United Kingdom by a person to whom a licence applies* ».

250 V. en ce sens le guide de l'Autorité responsable de l'embryologie et de fertilisation humaine, consultable sur : <http://www.hfea.gov.uk/2918.html#7656> dernière visite le 12.10.2016.

limitation de l'effet de ces dispositions montre qu'il existe un nombre de cas pour lesquels le législateur n'a pas suffisamment réfléchi aux problèmes pouvant surgir.

L'attribution d'une portée extraterritoriale au droit n'a pas été suivie comme technique par le législateur grec qui ouvre l'accès aux procédés de procréation médicalement assistée autres que la gestation pour autrui sans une limitation spatiale ou autre.

2. Le cadre juridique grec

Hormis la disposition examinée ci-dessus relative à la gestation pour autrui il n'existe pas d'autre mécanisme s'inscrivant dans un but de délimitation de la législation de la procréation médicalement assistée. Ainsi, l'accès à l'insémination artificielle ou l'implantation *post mortem* n'est pas conditionné à la résidence de la requérante en Grèce. La seule disposition pouvant avoir une incidence indirecte sur les questions de droit international privé est celle concernant la détermination de la compétence juridictionnelle s'agissant d'une requête pour une procréation *post mortem*. Il s'agit de l'article 799 al. 1er du Code de procédure civile, régissant la compétence du juge qui donne l'autorisation, qui prévoit :

> « *Quand une demande d'autorisation est formée pour l'insémination artificielle post mortem ou pour la gestation d'un enfant par une autre femme, est compétent le tribunal, dans le ressort duquel la demanderesse ou celle qui se prête à la gestation a sa résidence habituelle* ».

Ledit article utilise comme chef de compétence la résidence habituelle. Pourtant, sa portée au sens du droit international privé n'est qu'indirecte. Cette lecture est confirmée par l'absence des considérations de droit international privé dans les travaux du Comité législatif ayant préparé la loi de 2002[251]. Certes, il faut prendre en considération le fait que la pratique reste exceptionnelle [252] et qu'il n'existe aucune donnée démontrant l'internationalisation du processus. D'autre part, si l'on s'en tient à l'interprétation faite à l'occasion des applications pour l'autorisation d'une gestation pour autrui, nous constatons que le juge ne contrôle pas de manière minutieuse l'existence du domicile

[251] AGALLOPOULOU Ch. Penelope, KOUTSOURADIS G. Achille, *Assistance médicale à la procréation humaine, L. n°3089/2002, Travaux préparatoires-Discussions parlémentaires*, 2004, pp. 25-406.

[252] En atteste l'étude effectuée dans les archives du Tribunal d'instance d'Athènes qui a rendu une seule décision d'autorisation d'insémination *post mortem*, laquelle ne présentait aucun élément d'extranéité : Tribunal d'instance d'Athènes ; 5146/24.08.2007 [non publiée – en grec].

malgré le fait que le domicile était une des conditions requises pour l'autorisation d'une gestation pour autrui. Cette constatation sera *a fortiori* valable dans le cas d'une insémination *post mortem*. Nous reviendrons sur ce point mais il convient de présenter préalablement les spécificités du droit suédois s'agissant de l'accès des couples de femmes à l'insémination artificielle.

3. Le cadre juridique suédois

En droit suédois, la délimitation de la législation édictée relativement au droit d'accès des couples homosexuels à la procréation assistée est indirecte. En effet, la législation produit ses effets uniquement dans le cas où le procédé d'assistance médicale à la procréation a eu lieu dans un hôpital public situé en Suède. De plus, le consentement de la seconde femme à ce qu'elle soit considérée comme parent de l'enfant est soumis à l'approbation du *Social Welfare Board*[253]. Dans le cas où la technique d'assistance a eu lieu à l'étranger ou en violation des conditions précitées l'établissement de la paternité reste possible[254], tandis que la seule voie possible pour la conjointe de faire reconnaître un lien de filiation est l'adoption de l'enfant qui est génétiquement lié à l'autre femme[255]. Il ressort de ces dispositions que l'accès à la parenté est réservé aux personnes pouvant avoir accès aux services d'assistance à la procréation. Ainsi, en Suède les limites juridiques et pratiques d'accès à la procréation conduisent indirectement à la délimitation des dispositions permettant la reconnaissance d'un double lien de filiation en faveur des deux femmes[256] .

Les dispositions du cadre légal suédois ayant été examinées, il convient désormais d'étudier les pays dont le cadre juridique ne prévoit aucune délimitation de l'accès à la procréation médicalement assistée. De manière semblable aux ordres juridiques examinés précédemment, il y est fréquemment fait application en matière de filiation, de la loi du for.

---

[253] Children and Parents Code (Föräldrabalken) Ch. 1 Section 9 para. 2 and Ch. 1 Section 4; cité dans JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Parenthood for same-sex couples : challenges of private international law from a scandinavian perspective », in *Liber Memorialis Petar Šarčević Universalism, Tradition and the individual (éd. Erauw Johan, Volken Paul, Tomljenovic Vesna*), Selier European Law Publishers, München, 2006, pp. 75-91, spéc. p. 87, note 50.

[254] *Ibid.*, p.87.

[255] BURRELL Riitta, *Assisted Reproduction in the Nordic Countries, A comparative study of policies and regulation*, October 2005, consultable sur le site de *Nordic Committee on Bioethics* : Nordic Committee on Bioethics : <http://ncbio.org/english/> dernière visite le 12.10.2016, p. 15.

[256] JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Parenthood for same-sex couples… », *op.cit.*, spéc. p.87.

C. PAYS PRÉVOYANT L'ACCÈS À LEUR LÉGISLATION SANS LIMITE SPATIALE

Les pays de *common law* n'ont pas en principe de règles de conflit en matière de filiation[257]. Les juges et les autorités procèdent toujours, et indépendamment du moment où la question surgit, à l'application de la *lex fori*. En dehors de la problématique des règles de conflit, un nombre considérable des systèmes juridiques de *common law*, mais aussi des ordres juridiques appartenant à la tradition romano-germanique n'ont adopté aucune disposition visant à la délimitation spatiale de leur législation en matière d'assistance médicale à la procréation. Cette conclusion ressort aussi bien de la doctrine que de la jurisprudence abondante surtout en matière de gestation pour autrui.[258] Aux Etats-Unis, dans la plupart des États autorisant la gestation pour autrui tels que la Californie, la Floride, l'Illinois et dans certaines provinces du Canada, le droit du for est toujours appliqué sans aucune limite de nature spatiale même en présence d'une affaire de dimension internationale. La même pratique est d'ailleurs employée par certains pays de tradition romano-germanique autorisant la gestation pour autrui tels l'Ukraine[259] ou la Géorgie[260]. Cette absence de limitations spatiales dans l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation, en particulier pour la gestation pour autrui, s'explique par la volonté d'attirer des couples venant d'autres pays. Ces pays procèdent également à l'application systématique du droit du for aux questions de l'accès à la gestation pour autrui et de l'établissement de la filiation sans se préoccuper de l'internationalité des affaires. Certes, souvent le processus dans ces pays ne nécessite pas de saisir une autorité judiciaire pour obtenir une autorisation, ce qui peut être considéré comme la condition préalable à l'interrogation sur le droit applicable. Pourtant, dans tous les cas un acte d'état

---

257 *DICEY, MORRIS, COLLINS, The Conflict of Laws, vol. 2, 15ème éd., SWEET & MAXWELL, Londres, 2012*, p. 1114 et *seq.*

258 *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] 1 FLR ; THEIS Lucy, GAMBLE Natalie, GHEVAERT Louisa, « *Re X and Y (Foreign Surrogacy) :* 'A Trek Through a Thorn Forest' », *Fam Law*, 2009, pp. 239-243 ; *Re G (Surrogacy : Foreign Domicile)* [2007], EWHC 2814 (Fam) ; cité dans Howe Darren, « International Surrogacy-A Cautionary Tale », *Fam. Law*, January 2008, pp. 60-63 ; *Re Georgina Kennedy* [2014] *NZFC*, 2526 ; [2014] NZFLR 367-377 ; sur cette affaire v. VON DADELSZEN Paul, « International surrogacy in New Zealand », *International Family Law Journal* 2015, pp. 110-111.

259 Sur l'appartenance de l'Ukraine aux pays de la tradition civiliste v. ОЛЕНЧУК Іван, « ТЕОРТИКО-МЕТОДОЛОГТЧНІ-АСПЕКТИ ІДЕНТИФ СИСТЕМИ УКРАЇНИ З КОНТИНЕНТАЛЬНИМ ПРАВОМ », *National Law Journal, Theory and Practice*, August 2014, pp. 15-20 (avec un sommaire en anglais). Je tiens à remercier Sofiya KERNYCHNA, avocate au barreau de Kiev, pour son aide relatif au système de droit d'Ukraine.

260 Sur l'appartenance de la Georgie aux pays de la tradition civiliste v. American Bar Association, Central European and Eurasian Law Initiative, « Overview of the Legal System, Georgia », consultable sur : <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/georgia/georgia-legal-system-overview-eng.authcheckdam.pdf> dernière visite le 12.10.2016. Je tiens à remercier Keti KOBAKHIDZE, avocate au barreau de Tbilisi, pour son aide relatif au système de droit de Géorgie.

civil est établi et l'officier de l'état civil procède à l'inscription des parents d'intention en tant que parents en droit, sans se soucier des éléments d'extranéité entourant le lien de filiation, qui est en train de se cristalliser grâce à l'acte établi. Par conséquent, la question du droit applicable pourrait être soulevée à ce stade.

À l'issue de cet aperçu des dispositions nationales, nous constatons qu'il existe au sein des législations en matière d'assistance médicale à la procréation, des mécanismes divers de réglementation de l'accès aux techniques d'assistance à la procréation. Ces mécanismes sont parfois fondés sur des critères de délimitation spatiale. L'objectif derrière ce choix est le plus souvent motivé par la lutte contre le « tourisme procréatif ». D'un pays à l'autre ces dispositions ne revêtent pas toujours les mêmes caractéristiques. En général, elles font partie des conditions d'accès au procédé de la gestation pour autrui et, pour ce qui concerne le cadre juridique du Royaume-Uni, également de celles permettant la reconnaissance des liens de filiation des parents d'intention. Leur lien avec le droit international privé et la recherche de la loi applicable n'est qu'indirect. Abstraction faite de leur qualification, elles peuvent influencer la coordination des ordres juridiques comme on le verra ci-dessous.

Il a toutefois été constaté à côté de cette tentative de coordination que plusieurs pays ouvrent l'accès à la procréation sans aucune condition ou limite[261]. À l'opposé de cette indifférence quant à l'internationalité, il existe aussi d'autres pays où les règles de conflit de lois en matière de filiation entrent en ligne de compte. Soit elles sont adoptées en vue des techniques d'assistance médicale à la procréation effectuées à l'étranger. Soit elles interviennent –de manière pourtant variable– aussi bien au moment de l'accès à une technique d'assistance à la procréation qu'au stade de l'établissement du lien de filiation. Enfin, dans d'autres pays, le rôle des règles de conflit reste incertain.

§ 2. Tentatives de coordination par le biais des règles de conflit

Les dispositions présentées ci-dessus ne sont qu'une des facettes de la réglementation qui influence les tentatives de coordination au moment de l'accès à un procédé d'assistance médicale à la procréation. Une tentative de coordination peut aussi être entreprise par le biais des règles de conflit, ou par la combinaison des dispositions précitées et des règles de conflit de lois au moment de l'accès à une technique d'assistance médicale à la

[261] C'est en particulier le cas aux États-Unis et au Canada qui accueillent chaque année un grand nombre de couples de tous les pays du monde.

procréation. Toutefois, la règle de conflit est le plus souvent absente au moment de l'accès à cette technique. Son intervention à ce stade est clairement rejetée par les systèmes juridiques de *common law*. Au contraire, la même fermeté ne se retrouve pas dans les pays de droit civil. Il convient donc d'examiner dans quelle mesure la règle de conflit assume un rôle coordinateur au moment de l'accès aux procédés d'assistance à la procréation. Nous verrons que si l'intervention de la règle de conflit au moment de l'accès à la gestation pour autrui a été envisagée en droit grec, cette solution ne peut pas cependant être considérée comme relevant du droit positif (A). En revanche, les développements législatifs récents aux Pays-Bas et en France quant à l'accès à la procréation médicalement assistée pour des couples de même sexe et à l'établissement d'un lien de filiation laissent une place ponctuelle aux règles de conflit bilatérales (B).

A. RECUL DE LA RÈGLE DE CONFLIT

Le législateur grec n'a pas créé de règles de conflit de lois spécifiques aux procédés d'assistance médicale à la procréation, qui interviendraient particulièrement au moment où une femme demande une autorisation à procéder à une gestation pour autrui. Cependant, cela ne signifie pas que l'intervention et l'application des règles de conflit à ce stade sont *a priori* exclues parce que la législation substantielle d'assistance médicale à la procréation s'insère dans un ordre juridique muni d'un système des règles de conflit. La question de la règle de conflit se noue avec la problématique plus générale de la désignation du droit applicable dans le cadre de ladite procédure qui a pu prendre plusieurs formes. Il convient, avant d'exposer la position du droit grec quant à l'intervention de la règle de conflit à ce stade (2), de rappeler les termes de la problématique avant la suppression de la condition du domicile (1).

1. La problématique d'une règle de conflit unilatérale en matière de la gestation pour autrui

Jusqu'à juillet 2014, la désignation du droit applicable était influencée par l'article 8 de la loi 3089/2002, qui conditionnait l'application des articles 1458 et 1464 du Code civil au domicile de la mère d'intention et de la mère porteuse. Or, l'article 17 de la loi 4272 du 11 juillet 2014 a modifié l'article 8 de la loi 3089/2002 et dispose désormais que : « *Les*

articles 1458 et 1464 s'appliquent uniquement dans le cas où la requérante ou la femme qui va porter l'enfant a en Grèce soit son domicile soit sa résidence temporaire ». Avant cette modification, l'interrogation quant au rôle du droit international privé au moment de l'accès incitait à s'interroger sur la nature de l'article 8 et sa contribution dans la résolution des problèmes de droit international privé. La question était plus précisément de savoir si cette disposition remplissait une fonction de désignation du droit applicable à la filiation. En outre, il était aussi question de savoir le rapport de cette disposition avec les règles de conflit grecques en matière de filiation au moment de l'accès à la gestation pour autrui. La question relative à la fonction en droit international privé de l'article 8 est désormais dénuée d'intérêt étant donné que la formulation choisie par la nouvelle loi permet l'accès à la gestation pour autrui à toute personne en mesure de démontrer une résidence provisoire en Grèce. La question relative au rôle de la règle de conflit au moment de l'accès à la gestation pour autrui conserve toutefois son intérêt. Avant d'aborder la question relative à la place des règles de conflit grecques durant la procédure qui se déroule devant le juge grec nous rappellerons brièvement la problématique de l'article 8.

La question était de savoir si l'article 8 de la loi 3089/2002 remplissait une fonction implicite de désignation du droit applicable dispensant de la sorte de la nécessité de chercher une règle de conflit. Dans le cadre de cette problématique, il était loisible de soutenir que ladite disposition pouvait être considérée comme une règle unilatérale désignant le droit du for en matière de filiation dès lors que la mère porteuse et la mère d'intention étaient domiciliées en Grèce. Un argument en faveur d'une telle lecture pouvait être puisé dans la jurisprudence grecque. Grâce à une recherche systématique de la jurisprudence rendue en matière de gestation pour autrui depuis l'entrée en vigueur de la loi grecque[262], effectuée sous les auspices de la Commission Nationale de la Bioéthique, un échantillon représentatif important de la pratique grecque a été mis en lumière. Il est à noter que cette recherche, dont la partie la plus importante a eu lieu aux archives du Tribunal de première instance d'Athènes, a permis de prendre en considération des décisions qui n'ont jamais été publiées. À la suite de leur examen il a été constaté que, dans un nombre d'affaires, dont l'internationalité ressort indéniablement des éléments

[262] Cette jurisprudence a été recensée lors d'une recherche sur l'application de la loi grecque en matière de gestation pour autrui menée par M. Pantelis RAVDAS, Mme Irini KOUROU et Mme Arhodiki FLOROU pour le compte de la Commission Nationale grecque de la Bioéthique. Les données de cette recherche ont été incluses dans une étude rédigée par M. Pantelis Ravdas au titre : RAVDAS Pantelis, « Maternité de substitution : Les attentes du législateur face au défi des données statitistiques » in Athanasios C. PAPACHRISTOU, Efie KOUNOUGERI-MANOLEDAKI (sous la dir. de), *Droit de la famille au 21ème siècle, des changements incidents à des changements structurels*, Athènes-Thessaloniki, Sakkoulas, 2012, p. 67, *et seq.* [en grec].

inclus dans le texte même des décisions[263], les juges n'avaient procédé à aucun questionnement sur le droit applicable[264]. Ce fait pourrait conduire à penser que l'article 8 était une règle de conflit unilatérale conduisant à la désignation du droit grec. Toutefois, une telle position n'était pas tenable. Il en allait ainsi, tout d'abord, en raison de la portée de l'exigence de domicile au sens de l'article 8, comme elle ressortait de la procédure conduite devant le juge de première instance. L'examen de la jurisprudence précitée a démontré clairement que la preuve de l'existence du domicile des femmes ayant recours au procédé était une tâche relativement aisée si bien qu'il aurait été loisible de penser que sa teneur était différente du même terme utilisé en droit civil grec[265]. De l'examen des cent trente-six décisions recensées, il résulte que la constatation du domicile n'a pas été conditionnée à une durée de temps spécifique, et que le contrôle effectué par les juges n'a pas été rigoureux[266]. Cela est dû en partie au fait que les juges avaient utilisé les moyens les plus divers pour constater l'existence du domicile. En outre, le domicile n'était utilisé dans aucune de ces décisions comme élément désignant le droit grec comme applicable mais seulement comme une, parmi les autres conditions, requise pour l'autorisation de la gestation pour autrui. Le rejet de l'article 8 comme mécanisme de désignation du droit

263 Dans certaines de ces décisions il y avait par exemple une référence explicite à la nationalité étrangère des participants.

264 Il faut sur ce point remercier les responsables de cette recherche pour nous avoir confiés la quasi-totalité des décisions trouvées, ce qui nous a permis de procéder à leur appréciation du point de vue du droit international privé. À cet égard, nous avons observé que dans un nombre considérable des affaires l'internationalité pouvait être considérée en tant que donnée parce qu'il y avait une mention explicite à une nationalité étrangère. En ce sens étaient les décisions suivantes du Tribunal de première instance d'Athènes: TPI Athènes 5284/27.08.2003 (3812/13.09.2005) ; TPI Athènes 5246/13.10.2004 ; TPI Athènes 27/05.01.2005; 3141/13.05.2005 ; TPI Athènes 4189/29.06.2005; TPI Athènes 1484/08.03.2006; TPI Athènes 596/30.01.2007 ; TPI Athènes 2064/03.04.2007 ; TPI Athènes 5261/31.08.2007 ; 219/14.01.2008 [non publiées – en grec]. En ce sens aussi trois décisions récentes des juges de paix : Juge de paix de La Canée 218/2013 ; juge de paix de La Canée 243/2013 ; juge de paix d'Athènes 87/2014 [non publiées – en grec]. La juridiction différente s'explique du fait que pendant une courte période la compétence pour l'attribution de l'autorisation de la gestation pour autrui était passée du tribunal de première instance au juge de paix.

265 Normalement, en l'absence d'un autre indice dans la loi n° 3089/2002 relative à l'assistance médicale à la procréation, il peut être considéré que le domicile dans ce contexte doit être interprété de la même manière dont dans les articles 51–56 du Code civil grec, c'est-à-dire comme un établissement permanent dans un lieu avec l'intention de rester [: en ce sens v. RAVDAS Pantelis, *op.cit.*, p. 72, note 19]. En faveur de cette position on peut aussi citer l'avis exprimé par le rapporteur général du Gouvernement, député, M. *Thanos Askitis*, qui, lors de son discours introduisant au parlement sur le projet de la loi, fait référence à un domicile permanent (fixe) de la mère porteuse ainsi que de la mère d'intention : AGALLOPOULOU Ch. Penelope, KOUTSOURADIS G. Achilles, *Assistance médicale à la procréation humaine, L. n°3089/2002, Travaux préparatoires-Discussions parlémentaires*, 2004, p. 238 [en grec]. Toutefois, la procédure devant le juge de première instance dans le cadre d'une gestation pour autrui ne permettait pas de vérifier avec certitude le caractère permanent du domicile ; Pour la notion du domicile en droit civil grec v. VATHRAKOKILIS Vassilis, *ERNOMAK*, *Interprétation-Jurisprudence relative au Code civil*, *arts 1-286, vol.* A΄, *Principes Généraux*, Athènes, 2001, pp. 255-261 [en grec] , FOUNTEDAKI Ekaterini, Articles 51 et *suiv.* in A Georgiades (ed), *Interprétation concise du Code civil grec, vol. I*, *articles 1-946*, pp. 120-124, Athènes, P N Sakkoulas, 2010, [en grec].

266 RAVDAS Pantelis, *op.cit.*, p. 68, note 4.

est également partagé par Mme KOUNOUGERI-MANOLEDAKI. Selon cet auteur la violation de l'article 8 de la loi n° 3089/2002 n'a pas nécessairement de conséquences sur l'établissement de la filiation avec la mère d'intention, dans la mesure où l'article 1464 du Code civil est applicable selon les règles de droit international privé du for[267]. Il ressort de cette position une distinction claire entre les règles de conflit de l'article 8 de la loi.

Enfin, un argument à l'encontre de la conception de l'article 8 comme mécanisme de désignation du droit applicable résulte de la complexité à laquelle aboutirait une telle solution dans un contexte autre que celui de la procédure d'autorisation pour une gestation pour autrui. Si ce texte était considéré comme une règle de conflit unilatérale, alors il devrait intervenir dans tous les litiges portant sur le lien de filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui indépendamment du pays où celle-ci est effectuée. Toutefois, cette disposition prévoyait que les articles 1458 et 1464 –qui règlent le lien de filiation maternel suite à une gestation pour autrui en Grèce– sont applicables si la mère d'intention et la mère porteuse ont leur domicile en Grèce. Ainsi, rien n'était prévu quant au lien de filiation paternel dans un procédé de gestation pour autrui. Par conséquent, pour les rapports de droit n'étant pas inclus dans le domaine réglementaire des dispositions 1458 et 1464 du Code civil –le lien de filiation du père– il aurait été nécessaire revenir au système des règles de conflit pour identifier le droit applicable. Procéder à un raisonnement impliquant l'utilisation d'une règle de conflit unilatérale avec une règle de conflit bilatérale aboutit à un système de solutions difficilement pratiquable. Ceci étant, notre avis est que l'article 8 devait être compris comme une simple condition, parmi d'autres, nécessaire pour l'autorisation d'une gestation pour autrui sans incidence sur la question du droit applicable à la filiation. Désormais, la problématique quant au rôle du de l'article 8 en tant que mécanisme de droit international privé ne se pose plus. La question du rôle réservé à la règle de conflit de lois lors d'une procédure visant à obtenir l'autorisation pour une gestation pour autrui persiste puisqu'un petit nombre de décisions ont considéré une telle intervention comme nécessaire.

[267] KOUNOUGERI-MANOLEDAKI Efie, « Surrogate Motherhood in Greece (According to the New Law on Assisted Reproduction) », in *The international Survey of Family Law* (Published on behalf of the International Society of Family Law; Gen. Editor: Bainham Andrew), 2005 Edition, Jordan Publishing Limited, 2005, pp. 267-274 et spéc. p.272.

2. L'application exceptionnelle des règles de conflit de lois grecques dans le cadre des procédures d'autorisation pour une gestation pour autrui.

À notre connaissance, seules trois décisions relatives à des gestations pour autrui ont fait l'objet d'un raisonnement en termes de conflit de lois. Ces décisions seront présentées ultérieurement lors de l'examen de l'adaptabilité des règles de conflit existantes aux nouvelles formes de filiation[268]. Contentons-nous de mentionner pour le moment leurs traits communs afin de déterminer si elles constituent un indice suffisant en faveur d'une intervention du droit international privé grec au moment de l'accès à une gestation pour autrui. La première décision du Tribunal de première instance d'Iraklion[269] procède à l'application des règles de conflit en matière de filiation (article 14 en combinaison avec l'article 17 du Code civil grec) et les deux suivantes du Tribunal de première instance de La Canée mettent en œuvre un raisonnement sur le droit applicable reposant soit sur le droit de la nationalité de la mère d'intention sans pour autant désigner explicitement la règle de conflit appliquée[270], soit ne désigne pas explicitement la règle fondant l'application du droit étranger, mais se limite à dire que l'application du droit étranger est contraire à l'ordre public international (article 33 du Code civil grec)[271].

Dans les trois cas, l'internationalité ressortait clairement des données du dossier puisque la nationalité étrangère du couple des parents d'intention y était expressément mentionnée, et parfois aussi de celle de la mère porteuse ou encore de son époux. Dans les trois affaires le juge écarte à la fin de son raisonnement le droit étranger applicable pour contrariété à l'ordre public international (article 33 du Code civil grec) et accorde l'autorisation de procéder à la gestation pour autrui en appliquant le droit grec. Il ressort donc de ces décisions, tout d'abord, qu'elles divergent dans le raisonnement de droit international privé adopté. Ensuite, les juges n'avancent pas d'explication pour ce qui concerne la pertinence des règles de conflit choisies pour la désignation du droit applicable à chaque fois qu'une question de droit se pose. Enfin, il est observé que l'éviction du droit étranger en raison de sa contrariété à l'ordre public se produit de manière assez aisée. Les justifications avancées à l'appui du mécanisme sont très laconiques. L'application donc des règles de conflit dans ce contexte reste exceptionnelle.

---

[268] V. chapitre 3, section 2.
[269] TPI d'Iraklion 13/16.01.2012 [non publiée – en grec].
[270] Le plus probable c'est qu'il adopte le raisonnement de l'article 5 du Code civil grec, désignant le droit applicable à la capacité juridique de la personne physique. TPI de La Canée, 159/05.04.2012, [non publiée – en grec].
[271] TPI de La Canée, 222/23.05.2011 [non publiée – en grec].

Le manque de justifications solides à l'appui de leur application à ce stade et le retour facile au droit du for démontrent que l'intervention de la règle de conflit au stade d'une demande d'autorisation pour la gestation pour autrui n'est pas de droit positif.

En dehors de ces décisions, cette conclusion est corroborée par le fait que, dans la grande majorité des décisions publiées où l'internationalité apparaissait clairement[272], les juges ont appliqué le droit grec sans emprunter un raisonnement de droit international privé.

Selon une partie de la doctrine grecque, l'explication résiderait dans le fait que les règles matérielles du droit grec soient des règles d'application immédiate[273]. Cette lecture de la jurisprudence grecque nous semble discutable. D'une part, car il n'existe pas d'arguments suffisants pour fonder le caractère impérieux de ces dispositions dans les travaux parlementaires ou dans les décisions rendues[274]. D'autre part, car une telle position imposerait l'application des règles grecques de filiation, même dans des cas des gestations pour autrui qui auraient eu lieu à l'étranger. Ainsi, une filiation consacrée à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui avec l'ovule de la mère porteuse sera considérée comme inexistante si le droit grec est immédiatement applicable indépendamment des circonstances de l'espèce. Un tel résultat n'est pas nécessairement souhaitable dans l'ordre juridique grec, surtout lorsque les éléments de la gestation pour autrui effectuée à l'étranger démontrent un lien étroit avec un ordre juridique validant un lien de filiation déjà créé. Ce résultat néfaste serait évité si ces règles qualifiées d'application immédiate avaient un domaine géographique spécifique exigeant qu'elles ne soient applicables qu'autant que nécessaire, c'est-à-dire lorsque la situation présente un

---

[272] V. aussi TPI d'Athènes 2535/13.06.2015 [non publiée - en grec] : TPI d'Athènes 3361/17.10.2014 [non publiée – en grec]. Dans ces deux affaires les parents d'intention étaient Grecs tandis que la gestatrice était géorgienne. Le texte de ces deux décisions mentionne explicitement la nationalité de la gestatrice ; .TPI d'Athènes 2119/13.07.2015 [non publiée - en grec] ; TPI d'Athènes 2741/05.11.2015 [non publiée - en grec] : dans cette affaire la femme ayant reçu l'autorisation pour procéder à la gestation pour autrui était Française mariée avec un Français tandis que la mère porteuse et son compagnon étaient de nationalité albanaise. Les éléments d'extranéité ne ressortent pas du texte de la décision mais des documents produits devant le tribunal ; juge de Paix de La Canée 218/2013, *Banque de données Nomos*, n° 597553 [en grec] : dans cette affaire les parents d'intention étaient de nationalité italienne et la gestatrice et son époux de nationalité bulgare ; juge de Paix de La Canée 243/2013, *Banque de données Nomos*, n° 597554 [en grec] : dans cette affaire les parents d'intention étaient de nationalité italienne et la gestatrice de nationalité grecque.

[273] En ce sens v. GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, «Transborder Medically Assisted Reproduction : The Challenges for Conflict of Laws », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 385-397, spéc. p. 393 ; KOUTSOURADIS G. Achilles, « Questions relatives à la gestation pour autrui spécialement après l'adoption de la loi no 3305/2005 » *Nomiko Vima* 2006, pp. 337 *et seq.*, spéc. pp. 343, 346 [en grec].

[274] Plus en détail sur l'argumentation à l'encontre d'une telle position v. aussi ROKAS A. Konstantinos, « Chapter 9 : Greece », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp. 143-166, spéc. pp. 160-161.

lien étroit avec le for. Toutefois, la détermination du domaine géographique d'une telle loi de police réclamerait l'intervention du juge ce qui illustre l'imprévisibilité de cette solution. En outre, même une délimitation géographique claire peut conduire à des résultats inéquitables. Pour ces raisons nous sommes d'avis que la justification à l'application du droit grec doit être recherchée ailleurs.

Selon nous, l'explication plausible à l'application systématique par les juges grecs de la loi du for, malgré l'internationalité caractérisée de l'affaire, réside dans la nature de la procédure conduite devant ceux-ci. En fait, l'objet de la procédure n'est pas directement la question de la filiation. Le juge doit uniquement décider d'accorder ou de ne pas accorder l'autorisation souhaitée. Par conséquent la décision d'autorisation ne produit pas d'autorité de la chose jugée quant à la filiation de l'enfant né à la suite d'une gestation pour autrui. Il convient d'ajouter que l'attribution de l'autorisation ne signifie pas nécessairement la naissance d'un enfant. La gestation pour autrui peut, pour diverses raisons, ne pas aboutir à la naissance d'un enfant. Ainsi, la procédure menée devant les juridictions judiciaires vise à l'attribution d'une autorisation et s'apparente au moins par certains de ses aspects, à une procédure de nature administrative. Vu sa nature et surtout son objet, il est logique que les juges ne cherchent pas le droit applicable au lien de filiation de l'enfant qui pourrait naître de la gestation pour autrui qu'ils autorisent[275]. Ceci étant, du point de vue du droit grec, l'identification de la loi applicable à l'établissement de la filiation ne constitue pas une étape requise lors d'une procédure visant à l'obtention d'une autorisation pour procéder à une gestation pour autrui.

Malgré cette affirmation, la décision d'autorisation créé une présomption de maternité au profit de la mère d'intention. C'est sur la base de cette présomption que l'officier d'état civil procède à l'inscription de la femme en tant que mère dans le certificat de naissance. Et l'officier de l'état civil grec en pratique ne prend pas en considération la règle de conflit en matière de filiation lorsqu'il dresse un acte de naissance à la suite d'une gestation pour autrui. En conséquence, le fait que le juge ne pose pas la question du droit applicable au stade l'autorisation, signifiera que la problématique des conflits de lois sera dans une grande mesure effacée au moment de la création du lien de filiation. Ceci dit, il peut paraître paradoxal de faire abstraction de la règle de conflit au moment de l'autorisation, si son intervention est possible dans le cadre d'un contentieux

[275] V. ROKAS A. Konstantinos, « Greece », in Paul BEAUMONT, *op.cit.*, p. 158. Nous n'avions pas admis que cette interprétation était suffisante à justifier l'application systématique du droit grec même en présence des affaires à internationalité caractérisée.

ultérieurement[276]. C'est pourquoi il ne serait *a priori* pas illogique que le législateur pense à intégrer, en tant que condition d'attribution de l'autorisation, la mise en œuvre de la règle de conflit de lois en matière de filiation, s'il avait envisagé les problèmes de droit international privé liés à la gestation pour autrui. L'opportunité d'un tel choix sera examinée ci-dessous.

B. PERSISTANCE DE LA RÈGLE DE CONFLIT BILATÉRALE

La procréation médicalement assistée reste soumise à la méthode conflictuelle dans deux droits: le droit néerlandais (1) et le droit français (2).

1. La bilatéralité dans la réglementation néerlandaise portant sur la procréation médicalement assistée

Les Pays-Bas sont récemment venus se rajouter à la liste des pays ayant autorisé le recours d'un couple de femmes à des procédés de procréation médicalement assistée tout en prévoyant la consécration automatique d'un double lien de filiation monosexué au moment de la naissance[277]. Selon cette loi, la compagne de la femme ayant accouché de l'enfant est reconnue automatiquement en tant que parent de cet enfant à deux conditions : la première est qu'il faut que les deux femmes soient mariées ou en partenariat enregistré, et la deuxième, que l'enfant soit conçu grâce à une insémination artificielle dans un hôpital ou une clinique avec un donneur inconnu[278]. L'originalité du cadre juridique néerlandais par rapport aux cadres juridiques autorisant ledit procédé, et notamment le cadre suédois, est que l'accès à la consécration automatique du double lien de filiation dépend d'une règle de conflit bilatérale. L'article 10 : 92 du Code civil néerlandais (ci-après C. civ. néerl.), appliqué depuis la loi du 1er avril 2014 aussi bien aux couples hétérosexuels qu'aux couples de femmes unis par un partenariat enregistré,

---

[276] V. par exemple *infra* TGI de La Canée 122/2008 [en grec], *base de données Nomos* ; <www.lawdb.intrasoftnet.com> ; TGI de La Canée 20/09.10.2008 [non publiée – en grec] ; en l'espèce, un couple qui avait eu recours à la gestation pour autrui en violation des conditions de la loi grecque a dû ensuite former une requête en adoption au cours de laquelle la question du droit applicable a été posée.

[277] Loi sur la parenté lesbienne (Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013/480) citée dans CURRY-SUMNER Ian, MACHTELD Vonk, « Dutch co-motherhood in 2014 », in *The international Survey of Family Law*-2014 Edition, (General Editor Bill Atkin) Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2014, pp. 361-376., spéc. p. 361.

[278] CURRY-SUMNER Ian, MACHTELD Vonk, « Dutch co-motherhood in 2014 », *op.cit.*, spéc. p. 361.

prévoit la loi applicable à l'établissement de plein droit du lien de parenté[279]. Il y est prévu des rattachements en cascade désignant, en premier lieu, la loi de la nationalité commune des deux femmes, la loi de leur résidence habituelle, et en l'absence de résidence habituelle commune, la loi de la résidence habituelle de l'enfant[280]. La logique de cette règle de conflit ne repose pas sur un principe de faveur pour l'enfant, ce qui conduit à penser que le recours par des couples ayant la nationalité d'un pays ne reconnaissant pas de plein droit un tel lien de filiation, ne permettra pas l'application du droit néerlandais et, par conséquent, la création automatique de ce lien[281]. Théoriquement, la loi de la nationalité commune peut être écartée sur la base de la clause d'exception générale de l'article 10 : 8 du C. civ. néerl. ou de l'ordre public[282]. Cependant, une opinion autorisée a estimé que l'officier de l'état civil néerlandais hésitera à procéder à une telle interprétation du système des règles de conflit et préfèrera renvoyer les parties devant le juge pour trancher le problème[283]. On constate donc que la règle de conflit en matière de filiation peut bien intervenir au moment de la création du lien de la filiation. Une telle intervention apparaîtra également dans les cas où des pays autorisent l'adoption d'un enfant à la suite d'un recours coordonné par un couple de femmes à une procréation médicalement assistée.

2. La bilatéralité des règles de conflit françaises en matière d'adoptions à la suite d'une procréation médicalement assistée effectuée à l'étranger

Le 22 septembre 2014[284] deux avis ont été rendus par la Cour de cassation ouvrant la possibilité aux couples de même sexe d'adopter des enfants conçus à la suite d'une insémination artificielle effectuée à l'étranger. Ces avis annoncent un nouveau domaine d'intervention aux règles de conflit relatives à l'adoption. Expliquons-nous : il est possible qu'une partie de couples ayant eu recours à une insémination artificielle à l'étranger soit constituée par des personnes de nationalité étrangère. Ceci étant, les juges qui seront amenés à se prononcer sur leurs demandes d'adoption devront normalement

279 *Ibid.*, p. 362.
280 *Ibid.*, p. 370.
281 *Ibid.*, p. 371.
282 *Ibid.* Pour l'ordre public international v. article 10 : 6 C. civ. néerl.
283 *Ibid.*
284 Cass., avis n° 15011 et n° 15010, 22 sept. 2014, n° 14-70.006 (n° 15011) et n° 14-70.007 (n° 15010), *D.* 2014, p. 1876, obs. DIONISI-PEYRUSSE Amélie ; LÉROYER Anne-Marie, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014, pp. 2031-2036 ; *AJ fam.* 2014, p. 555, et p. 523, obs. DIONISI-PEYRUSSE Amélie ; BRUNET Laurence, « La Cour de cassation valide l'adoption, par la conjointe de la mère biologique, de l'enfant né d'un don de sperme à l'étranger », *RDSS* 2014, pp. 1145 *et seq.*

appliquer les règles de conflit relatives à l'adoption. De fait, la règle de conflit française assumera un rôle de coordination au moment de l'accès à l'adoption, moment qui peut être presque concomitant à celui de la naissance de l'enfant. Il est évident que les règles de conflit relatives à l'adoption seront appelées à intervenir dans des situations qui n'avaient pas été contemplées au moment de leur confection. D'où la question relative à l'opportunité de leur intervention qui sera abordée ultérieurement[285].

L'examen de la place laissée aux mécanismes du droit international privé au moment de l'accès aux différentes techniques de procréation médicalement assistée a conduit à plusieurs observations. La première constatation concerne la prise en considération explicite par certaines législations de l'internationalité des pratiques d'assistance médicale à la procréation, le plus souvent par l'adoption des règles délimitant leur champ d'application. Cette délimitation ne s'explique pas par une logique en termes de droit applicable. Il s'ensuit que le rapport de ces règles de délimitation avec la règle de conflit de lois est difficile à déterminer. Il a ensuite été observé que la règle de conflit –à quelques exceptions près– est absente même lorsque la constitution du lien de filiation requiert l'intervention d'une autorité juridictionnelle ou administrative. Un nombre considérable des pays ouvrant l'accès aux procédés d'assistance médicale à la procréation appliquent leur propre loi, aussi bien aux conditions techniques d'accès qu'à la question de la filiation. Il faut donc prendre acte d'une réalité où l'internationalité des situations de procréation médicalement assistée fait surgir une intervention multiforme du droit international privé. Il convient maintenant d'apprécier ces tentatives de coordination entreprises au stade de l'accès à une technique de procréation médicalement assistée.

[285] Chapitre 3, Section 2, §1.A.2.

SECTION 2

APPRÉCIATION DES TENTATIVES DE COORDINATION

Nous avons constaté que parmi les législations examinées, certaines incluent des dispositions relatives aux conditions d'accès à une technique d'assistance médicale à la procréation influençant les affaires à caractère international. Plus rarement, l'internationalité déclenche, dans certains ordres juridiques, le jeu de la règle de conflit. Il nous incombe ici, dans un premier temps, d'analyser l'effet de coordination de ces dispositions et leur rapport avec le système des règles de conflit (§ 1). Dans un deuxième temps nous nous interrogerons sur leur opportunité (§ 2).

§ 1. Effet de coordination des dispositions intervenant au moment de l'accès et rapport avec le système des règles de conflit de lois

Les dispositions de délimitation présentées ci-dessus peuvent avoir un effet de coordination –au sens large– des rapports privés internationaux qui naissent ou qui peuvent naître à l'occasion d'une assistance médicale à la procréation. Elles ne sont pour autant pas l'outil de coordination exclusif. Elles s'insèrent dans le domaine d'intervention du droit international privé dont une des constantes est le pluralisme méthodologique[286]. La méthode par excellence dans ce système est la règle de conflit de lois. Ainsi, l'apparition de ces règles de délimitation n'exclut pas *a priori* la présence des règles de conflit. Il est donc nécessaire de comprendre leur place dans la réglementation des rapports privés internationaux de famille et de préciser leur rapport avec le système des règles de conflit (B). Avant de nous pencher sur cette question nous examinerons la valeur ajoutée en tant que telles de ces règles de délimitation (A).

---

[286] FRANCESCAKIS Phocion, *La théorie du renvoi, et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958, p. 16, n° 16.

A. EFFET COORDINATIF DES DISPOSITIONS EXAMINÉES

Parmi les ordres juridiques examinés, ceux du Royaume-Uni, de la Grèce, de la Suède, des Pays-Bas ont adopté des dispositions dont l'effet principal était de limiter le champ d'application des règles substantielles à des cas présentant un lien spatial avec l'ordre juridique. En général, il faut noter que certaines de ces dispositions de délimitation des techniques d'assistance à la procréation contribuent à la coordination des ordres juridiques. Elles ne le font pas en désignant le droit applicable dans un rapport de droit, mais en limitant dans une certaine mesure les risques de conflit entre les solutions différentes du droit de la famille des États impliqués. Elles contribuent de la sorte à éviter la constitution des situations de droit privé boiteuses. Celles-ci se traduisent par la dissuasion des personnes de se déplacer dans le but d'avoir accès à la procréation assistée, diminuant ainsi la probabilité des conflits de lois. Ainsi, le droit anglais prévoit la condition de la domiciliation, requise pour la validation de la parenté des enfants issus d'une gestation pour autrui. Le droit grec prévoyait jadis la condition du domicile et d'autres ordres juridiques comme certaines territoires de l'Australie et certains États des États-Unis[287], Israël ou les Pays-Bas ont prévu d'autres conditions aux traits similaires. Toutefois, l'effet dissuasif de ces dispositions en matière de gestation pour autrui a des limites. Ainsi, en droit anglais, si le couple n'est pas admissible à déposer une requête pour un *parental order* en raison de l'absence du domicile, alors la voie de l'adoption reste ouverte[288]. De plus, il doit être observé que, dans certaines circonstances, la condition du *domicile* du droit anglais n'empêche pas des couples venant des pays restrictifs d'avoir accès à une gestation pour autrui et d'obtenir le *parental order*.[289] En outre, la condition du *domicile* pour l'attribution d'un *parental order* s'inscrit dans une démarche de précision du champ d'application de la législation anglaise sans nécessairement restreindre l'accès à la gestation pour autrui. Ainsi, si un couple veut initier une gestation pour autrui au Royaume-Uni, il ne sera pas forcément empêché d'y avoir accès s'il n'a pas de *domicile* au Royaume-Uni.

D'ailleurs, dans le cas du Royaume-Uni, la condition du *domicile* peut avoir l'effet inverse de celui décrit précédemment. Ceci est dû à une particularité propre à la notion

---

[287] MERCHANT Jennifer, « Une gestation pour autrui « éthique » est possible », *Travail, genre et sociétés* 2012/2, pp. 183-189, spéc. p. 188.

[288] *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2007] EWHC 2814 (Fam) consultable sur: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed984> dernière visite le 12.10.2016.

[289] L'observation a été faite lors de l'affaire *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2007] EWHC 2814 (Fam) consultable sur: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed984>, spec. n° 19, 22-24 ; dernière visite le 12.10.2016.

dans le droit des pays de *common law*. Le *domicile of origin* permet à des personnes ayant leur résidence habituelle dans un pays autre que celui de leur *domicile* de ne pas être considérées comme ne remplissant pas cette condition. Ainsi, cette notion se rapproche de celle de la nationalité des pays de tradition romano-germanique. Ainsi, on peut imaginer des situations où les personnes impliquées dans une gestation pour autrui auraient des liens étroits avec un pays autre que le Royaume-Uni et se verraient néanmoins accorder le *parental order*. Le scenario décrit ne relève pas de la fiction. Il s'est déjà réalisé dans l'affaire *Q*[290]. En l'espèce, un couple composé d'une femme anglaise et d'un homme français ayant leur résidence habituelle en France ont eu accès à une gestation pour autrui dans le Minessota. Un enfant est né du processus et un lien de filiation a été tissé entre lui et les parents d'intention. Dans le Minessota le père a obtenu un *parental order* et la mère d'intention a bénéficié de l'adoption destinée aux beaux-parents (*step parent adoption*). Le couple a voulu entériner ses liens aussi au Royaume-Uni au moyen d'un *parental order* de droit anglais. Leur demande fut acceptée malgré leur résidence habituelle en France. La raison en était que la mère d'intention, née en Angleterre, avait toujours son *domicile of origin* au Royaume-Uni et n'était pas considérée comme ayant obtenu un *domicile of choice* en France. Ceci étant, on constate en l'espèce comment la condition du *domicile* combinée avec la portée extraterritoriale accordée aux dispositions relatives au *parental order*[291] facilite l'accès à une gestation pour autrui transfrontière. Il est probable que les parents d'intention aient choisi cette voie afin de réduire la probabilité de problèmes de reconnaissance de leur filiation en France, pays qui, au jour de l'introduction de leur requête devant le juge anglais, était toujours celui de leur résidence habituelle[292].

En outre, la condition de résidence habituelle fonctionne en tant que limite spatiale en Suède pour ceux qui souhaitent avoir recours à la procréation médicalement assistée et à la consécration concomitante d'un double lien de filiation monosexué. Aux Pays-Bas, le contrôle par l'officier de l'état civil de la règle de conflit désignant le droit de la nationalité commune du couple limite en principe la création de ces nouveaux liens de filiation aux seuls nationaux néerlandais. Ces délimitations restrictives du champ d'application sont donc dans une certaine mesure, un moyen facilitant la coordination

---

[290] *CC* v. *DD* [2014] EWHC 1307 (Fam).

[291] *Section* 54 (10) LFEH : « *Subsection (1)(a) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or her artificial insemination* ».

[292] Sur cette affaire v. aussi ROKAS A. Konstantinos, « National Regulation and Cross-border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations », *Yearbook of Private International Law* 2014-2015, pp. 289-314, spéc. 294-295.

entre des ordres juridiques adoptant des positions opposées. Toutefois, il faut noter que seule une minorité des systèmes juridiques empruntent une telle limite et qu'un nombre considérable des pays ouvrant l'accès à des processus de procréation assistée controversés ne prévoit aucune limite de la sorte. C'est par exemple le cas de la Belgique lorsqu'elle ouvre l'accès à la procréation médicalement assistée à des couples de femmes, ou encore du Québec[293].

Par conséquent, les dispositions limitatives n'ont qu'une influence indirecte sur la désignation de la loi applicable à la filiation et en particulier détablissement du lien de filiation. En outre, la diversité des critères de délimitation spatiale observés d'une législation à l'autre révèle l'absence de critère prédominant. Ni le rattachement à la résidence habituelle, ni le domicile, ni même la nationalité n'excluent la probabilité d'apparition de situations boiteuses. Il convient donc de s'interroger sur la pertinence d'un critère plutôt qu'un autre, son caractère plus ou moins strict, ainsi que les objectifs guidant un tel choix.

Par ailleurs, les dispositions de délimitation ne se substituent pas aux règles de conflit existantes dans les matières concernées. Ceci étant, l'existence de telles dispositions ne suffit certainement pas à régler tous les problèmes de coordination et de conflits de lois qui risquent de surgir notamment après la naissance de l'enfant. Les règles de conflit étant généralement absentes au stade de l'accès, elles peuvent pourtant intervenir ultérieurement à la naissance et à l'établissement de la filiation. Le fait qu'elles puissent intervenir à un autre moment ne dispense toutefois pas de s'interroger sur le rapport entre les dispositions susmentionnées et le système de règles de conflit des pays qui les édictent.

B. RÈGLES DE DÉLIMITATION ET RÈGLES DE CONFLIT

Déterminer le rapport entre les dispositions de délimitation du champ d'application et le système de droit international privé ne peut pas être accompli en des termes généraux car il n'y a pas de schéma explicatif unique pour tous les ordres juridiques examinés. C'est la raison pour laquelle il sera distingué selon l'ordre juridique concerné.

[293] Chapitre 1, Section 1, § 2.A.

1. Le cadre juridique anglais

En matière de filiation en Angleterre, il est fait systématiquement application du droit du for. Le législateur précise, comme on l'a vu, que les dispositions relatives à la filiation s'appliquent même si le processus est effectué à l'étranger (par exemple, la section 54 (10) LFEH 2008). Il n'est pas procédé à une désignation du droit applicable au sens des pays de tradition romano-germanique puisque, dans tous les cas, le juge appliquera sa propre loi[294]. Il est seulement précisé que le juge doit chercher sa solution dans cet ensemble de dispositions.

Il est alors évident que les dispositions de délimitation spatiale ne sont pas inspirées d'une logique bilatérale visant à la désignation du droit applicable dans une situation affectée par des éléments d'extranéité. En conséquence, la délimitation du champ d'application des dispositions examinées ne signifie aucunement qu'à défaut de leur application un droit étranger est appelé à être appliqué. Celles-ci servent principalement à préciser le champ d'application territorial de la législation édictée par rapport au reste du droit anglais. Il en ressort que, dans l'hypothèse où la Loi sur l'embryologie et la fertilisation n'est pas applicable, les juges puiseront leur solution dans le *common law* et dans les principes généraux[295] applicables en la matière en cause. Ceci étant, il serait possible de considérer, à première vue que les considérations de droit international privé perdent de leur importance en droit anglais. Il est pourtant possible d'identifier un inconvénient dans l'approche qui consiste à promouvoir l'application systématique du droit du for en ce qu'il apparaît ignorer la portée qu'un droit étranger peut avoir pour la confection des rapports de droit et plus précisément des liens de filiation. L'approche *lex foriste* conduit, selon une telle critique, dans certaines circonstances, à la méconnaissance des attentes légitimes des parties. Une telle conclusion serait pourtant hâtive.

Le fait que le législateur anglais considère sa compétence non concurrencée par celle d'autres lois étrangères, s'agissant de la question de la détermination des liens de parenté issus d'une procréation assistée, ne devait pas être considéré comme excluant

[294] V. pour les dispositions du droit matériel qui limitent leur champ d'application spatial v. en particulier KINSCH Patrick, « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *Rev. crit. DIP* 2003, pp. 403-435, spéc. pp. 404-405 ; DE NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Jacques MAURY*, 1960, vol. 1, p. 377 et *seq.*, spéc. p. 381. ; Pour l'acceptation de la notion en droit international privé v. MAYER Pierre, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, pp. 277-344, spéc. pp. 284-287, 334-343.

[295] Le terme principes généraux est utilisé en l'espèce avec une acception large.

toute possibilité de coordination avec des ordres juridiques adoptant des points de vue opposés. Le juge au Royaume-Uni, lors de la confection de ses solutions, ne rechigne pas forcément à consulter ce que les autres ordres juridiques impliqués dans le rapport de droit privé en cause prévoient, ou de prendre en considération la réalité des faits. Certaines affaires relatives à une gestation pour autrui effectuée à l'étranger portées devant les juridictions anglaises démontrent clairement que les législations étrangères sont explicitement prises en considération et ont probablement influencé la solution finale[296]. Le fait que le juge anglais énonce une règle qui lui est propre n'est pas à lui seul de nature à empêcher la satisfaction de certains objectifs de droit international privé tels que les attentes légitimes des parties. Ce constat invite donc à une retenue lorsqu'on s'interroge sur l'adaptabilité de telle ou telle méthode du droit international privé pour satisfaire au mieux les objectifs généraux de la matière. Par conséquent, l'opposition et la discussion sur les mérites respectifs de la règle de conflit bilatérale et des règles de conflit à visée unilatérale doivent être relativisées. Les dispositions examinées ne permettent pas de nous prononcer en faveur du bilatéralisme ou en faveur d'une méthode qui pourrait être qualifiée de néo-statutiste sans prendre en considération l'ordre juridique dans lequel la question se pose. La consultation de ces dispositions et des pratiques différentes dans la résolution des problèmes de droit international privé conduit plutôt à atténuer la critique exprimée, dans des contextes différents, envers les systèmes favorisant l'unilatéralisme en tant que systèmes indifférents à la coordination. Toutefois, certaines circonstances révèlent les impasses de l'unilatéralisme que la règle de conflit bilatérale permet, au moins en théorie, d'esquiver. En atteste l'affaire qui suit.

L'affaire concerne un couple de femmes, l'une de nationalité grecque et l'autre de nationalité britannique[297]. La femme britannique a donné naissance à une fille à l'aide d'une procréation médicalement assistée effectuée en Espagne[298]. L'enfant a été enregistré à l'état civil espagnol en tant qu'enfant commun de ces deux femmes.[299] Suite à un problème de santé l'enfant devait voyager à l'étranger pour être soumis à une

---

296 V. en ce sens *X* & *Y* (Foreign Surrogacy), [2008] EWHC 3030 (Fam), spéc. n° 8; consultable sur: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed28706> dernière visite le 12.10.2016 ; V. aussi: *Re G (Surrogacy : Foreign Domicile)* [2007], EWHC 2814 (Fam), spéc. n° 49 ; consultable sur : <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed984> dernière visite le 12.10.2016.

297 GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, «Transborder Medically Assisted Reproduction: The Challenges for Conflict of Laws », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp.385-397, spéc. p. 387.

298 *Ibid.*

299 *Ibid.*

opération médicale[300]. Le droit espagnol prévoyant en matière de nationalité le *jus sanguinis*, il ne permettait pas l'obtention de la nationalité espagnole et par conséquent l'octroi d'un passeport espagnol. Les deux femmes s'étaient alors adressées aux autorités britanniques. Le droit anglais, malgré l'acceptation de principe du recours à la procréation médicalement assistée pour les couples de femmes et du double lien de filiation monosexué, ne permettait pas en l'espèce la création de ce lien de filiation. Ainsi, la demande des deux femmes auprès des autorités britanniques pour un passeport n'a pas non plus été acceptée[301]. Le refus semble résulter des conditions de la LFEH 2008, en particulier de la *section* 43 (a) prévoyant que le traitement doit être effectué par un centre de procréation médicalement assistée au Royaume-Uni dans le cas où les femmes ne sont pas mariées ou unies par *civil partnership*, ce qui n'était pas le cas en l'espèce[302]. La seule voie ouverte au couple restait donc un recours aux autorités grecques. Finalement, le couple a pu obtenir en Grèce une transcription de l'acte de naissance établi en Espagne, qu'on pourrait qualifier de partielle. Au terme de cette transcription partielle, seule la femme grecque était mentionnée en tant que mère dans le registre grec tandis que sa compagne britannique était exclue. L'affaire est révélatrice des inconvénients de l'unilatéralisme. Malgré la convergence des droits substantiels de l'Espagne et du Royaume-Uni, chacun permettant la création d'un double lien de filiation monosexué[303], l'enfant ne pouvait pas en l'espèce se prévaloir de son lien de filiation au Royaume-Uni et obtenir un passeport. Il s'agit d'une situation typique de conflit négatif des législations. En théorie, le bilatéralisme permet de ne pas se confronter à des telles situations. Pourtant, il ne faut pas penser que le problème a été résolu en Grèce en raison d'une application exemplaire de la règle de conflit bilatérale relative à la filiation. Il semble que les fonctionnaires de l'état civil grec ont avant tout été sensibles aux faits de l'espèce et fait preuve de flexibilité, confrontés à une situation délicate. Ils ont accepté de mettre de côté des objections de forme et de substance qui auraient pu être soulevées lors de la demande de la transcription de l'acte d'état civil.

Au vu des observations qui précèdent, il peut être affirmé qu'en droit britannique le bilatéralisme n'est pas de droit positif en matière d'établissement d'une filiation tissée à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Quant à la question de savoir si des personnes déplacées à l'étranger afin d'avoir accès à une gestation pour autrui pourraient

---

300 *Ibid.*
301 *Ibid.*
302 V. *supra* dans ce chapitre, section 1.
303 V. *supra* chapitre 1, section 1 § 2.

se prévaloir en Angleterre des leurs liens de filiation lorsque les conditions énoncées par la loi anglaise ne sont pas remplies, nous pouvons répondre qu'en principe, le cadre juridique anglais assure la permanence du lien de filiation, qui n'est pas, pour autant, identique à celui créé à l'étranger. Avec la même certitude nous pouvons toutefois prévoir que les démarches d'un couple ou d'une personne pour se prévaloir d'un lien de filiation, lorsque les conditions de la loi ne sont pas suivies, seront coûteuses en temps et en argent. L'affaire du couple des femmes ayant eu recours à une insémination artificielle à l'étranger démontre les inconvénients de l'unilatéralisme qui persiste au Royaume-Uni en matière de la filiation. Le rapport des dispositions de délimitation et des règles de conflit est différent en Grèce.

2. Le cadre juridique grec

La question relative au rôle de l'article 8 dans le système de droit international privé grec a été rendue superfétatoire depuis sa modification récente. Celle-ci a confirmé que cette disposition ne remplissait pas une fonction de désignation du droit applicable dans des affaires affectées d'un élément d'extranéité. Cette lecture était aussi confirmée par l'absence des considérations de droit international privé dans les dispositions relatives à l'accès aux autres processus d'assistance médicale à la procréation. Plus précisément, l'inexistence de disposition analogue quant à l'accès à la procréation assistée *post mortem* démontrait également que l'article 8 n'était pas destiné à remplir une fonction de désignation du droit applicable. Ces éléments, combinés au fait que des litiges liés à la filiation des enfants nés à la suite d'une assistance médicale à la procréation affectée d'extranéité peuvent apparaître, révèle la nécessité de réfléchir sur la règle de conflit ou, plus généralement, sur les mécanismes de détermination du droit applicable dans des affaires qui portent sur le lien de filiation des enfants nés. Cette dernière observation ne préjuge cependant pas de la réponse à donner à la question de savoir si cette règle de conflit en matière de filiation doit intervenir déjà au stade de la procédure visant à l'obtention de l'autorisation à procéder à une gestation pour autrui ou à une fécondation artificielle typique ou une qui intervient *post mortem*. L'examen du cadre juridique grec effectué ci-dessus a montré que l'intervention au stade de l'accès à l'assistance médicale à la procréation n'est généralement pas conditionnée à l'intervention des règles de conflit de filiation malgré l'existence dans le Code civil des règles de conflit relatives à la filiation. Il nous semble que cette approche du droit grec est justifiée pour des raisons qui seront

présentées ultérieurement[304]. Nous examinerons ultérieurement[305] si, malgré ce constat, une autre règle de conflit devrait changer cette réalité ou si, finalement, la règle de conflit continue de jouer un rôle résiduel. Passons, toutefois, maintenant à l'examen du cas suédois.

3. Le cadre juridique suédois

En Suède, les autorités chargées d'autoriser la création d'un double lien de filiation monosexuée en faveur de deux femmes n'utilisent pas de règle de conflit mais procèdent directement à l'application de leur propre loi. On observe que le législateur tient expressément compte des questions de droit international privé dans sa législation relative à la procréation médicalement assistée. Cela a conduit à des modifications respectivement de la loi sur la Reconnaissance des décisions nordiques portant sur la paternité (Lag (1979 :1001) *om erkännande av nordiska faderskapvgöranden*) ainsi que de la loi sur les questions internationales de paternité (Lag (1985 : 367) *om internationella faderskapfrågor*)[306]. À la suite de ces modifications, la loi dispose que, chaque fois qu'une question relative à la parenté d'un couple de personnes de même sexe est amenée devant un juge suédois, celui-ci doit appliquer le droit suédois[307]. L'application du droit suédois dans toutes les hypothèses où les juridictions suédoises sont compétentes a été présentée comme indispensable vu le caractère innovant de la réglementation en cause[308]. Contrairement à cette disposition, la question du conflit de lois se démarque de la règle de conflit relative à la paternité. Cette dernière a la forme d'une règle bilatérale et désigne comme applicable le droit du pays de la résidence habituelle de l'enfant au moment du commencement de la procédure[309]. Enfin, la compétence des juridictions suédoises et du *Social Welfare Board* se calquent sur celle concernant les affaires portant sur la paternité, ce qui signifie qu'elle est subordonnée à la condition que l'enfant, dont la parenté est en cause, ait sa résidence habituelle en Suède[310].

---

304 V. ce chapitre, section 2, §2A.2, p.150.
305 V. chapitre 3.
306 JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Parenthood for same-sex couples : challenges of private international law from a scandinavian perspective », in *Liber Memorialis Petar Šarčević Universalism, Tradition and the individual (éd. Erauw Johan, Volken Paul, Tomljenovic Vesna*), Selier European Law Publishers, München, 2006, pp. 75-91, spéc. p. 89, notes 61 et 62.
307 JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Parenthood for same-sex couples… », *op.cit.*, spéc. p. 89.
308 *Ibid.*, p. 89, note 64.
309 *Ibid.*, p.89.
310 *Ibid.*

On observe donc que le droit suédois –contrairement au droit grec et au droit anglais– prévoit expressément la solution du conflit de lois relatif à la filiation tissée par le recours d'un couple de femmes à une procréation médicalement assistée. La solution est conforme aux conditions d'ouverture du processus en Suède. Elle révèle une cohérence entre le droit appliqué au moment des démarches d'établissement d'une filiation suite à l'accès à une procréation médicalement assistée et le droit appliqué ultérieurement lors d'un procès éventuel portant sur le lien de filiation d'un enfant qui peut être né suite par exemple à un processus d'assistance effectué dans un pays autre que la Suède. Toutefois, un problème peut surgir dans le cas où un enfant est né au sein d'un couple de femmes à l'étranger, dans des conditions similaires mais pas identiques à celle du droit suédois. Dans ce cas, l'application du droit du for à un contentieux ultérieur porté devant le juge suédois peut aboutir à une filiation boiteuse si ce dernier ne fait preuve de flexibilité dans l'interprétation de son droit. La situation est encore différente aux Pays-Bas, où l'accès des couples des femmes à un double lien de filiation dépend de la mise en œuvre d'une règle de conflit bilatérale classique.

4. Le cadre juridique néerlandais

Contrairement aux législations examinées il n'existe pas aux Pays-Bas de condition spatiale pour l'accès aux services de procréation médicalement assistée, à l'exception de la gestation pour autrui. Ainsi, *a priori* la question du rapport des conditions de délimitation avec les règles de conflit ne se pose pas. Cependant, en droit néerlandais, l'établissement du lien de filiation au moment de la naissance à la suite d'une procréation médicalement assistée dépend d'une règle de conflit désignant en premier lieu comme applicable la loi de la nationalité commune des deux femmes. Pourtant, cette règle opère indirectement une délimitation du cadre juridique néerlandais qui fonctionne de manière différente. L'originalité de cette approche par rapport à celle du Royaume-Uni, de la Grèce avant la dernière modification législative, ou de la Suède, résulte du fait qu'elle peut priver des personnes ayant leur résidence habituelle aux Pays-Bas de la possibilité d'avoir accès à une procréation médicalement assistée. Par conséquent, il resterait des couples de femmes ayant eu recours à une procréation médicalement assistée, résidant aux Pays-Bas, mais qui ne pourront pas créer un lien de filiation automatiquement[311]. Cette situation est malheureuse, notamment pour des personnes installées sur le territoire depuis une longue

[311] Le système néerlandais ne prévoit pas un contrôle préalable à une insémination artificielle de la nationalité de deux femmes.

période en ayant la volonté d'y rester. Dans le cas de la procréation médicalement assistée elle l'est d'autant plus que le facteur temps joue un rôle particulier pour la possibilité de procréer de manière naturelle. Cela tient en ce que le temps requis pour l'obtention de la nationalité par une femme peut la priver de la possibilité d'avoir recours à un procédé normalement autorisé dans le pays de sa résidence habituelle. Les problèmes de cette nature seront pris en considération de manière plus attentive ci-dessous, lorsqu'il sera question de l'appréciation des démarches de délimitation de l'accès aux différentes techniques indépendamment de leur nature. Avant d'examiner cette appréciation, il convient de résumer les points qui viennent d'être abordés.

Il ressort des développements qui précèdent la prédominance de l'application systématique du droit du for au moment de l'ouverture de l'accès à un processus d' assistance médicale à la procréation et la consécration concomitante du lien de filiation par cette même loi. Les Pays-Bas se démarquent toutefois en ce qu'ils ont prévu une règle de conflit destinée à intervenir explicitement au moment de l'accès d'un couple de femmes à une procréation médicalement assistée.

§ 2. L'opportunité de règles de délimitation et des tentatives de coordination

Nous avons démontré que, tout en admettant le potentiel effet de coordination des règles de délimitation et des règles de conflit, celles-ci ne sont pas le seul moyen visant à la résolution des problèmes du droit international privé. Il convient maintenant de s'interroger sur l'opportunité de leur adoption (A). Une place spéciale sera consacrée à l'appréciation de cette nécessité, particulièrement au sein des pays membres de l'Union européenne (B).

A. OPPORTUNITÉ DES TENTATIVES DE COORDINATION AU NIVEAU ÉTATIQUE

Avant d'apprécier l'opportunité des règles de délimitation, il convient d'observer que, selon le critère choisi pour la délimitation d'une législation et la rigueur du contrôle qui lui est réservé, différentes possibilités d'interaction entre les systèmes de droit s'ouvrent.

Ainsi, dans le cas d'un contrôle élastique ou dans le cas d'une condition spatiale facile à remplir, on assistera à l'intensification des phénomènes de concurrence législative. Cette concurrence peut être alimentée en raison du caractère novateur d'une législation ou d'une institution. Elle peut, tantôt être bénéfique, tantôt source des problèmes. Elle peut faire avancer vers un meilleur équilibre les conceptions au sein d'un ordre juridique, mais elle peut également, entre-temps, créer des situations boiteuses au détriment de la continuité du statut personnel. L'existence de situations boiteuses est parfois le résultat d'une phase transitoire, dans l'attente d'une forme ou une autre d'harmonisation du droit substantiel de plusieurs ordres juridiques. Indépendamment des avantages de l'osmose entre différentes conceptions juridiques, la subordination, dans une mesure plus ou moins grande, de l'accès à certaines institutions du droit de la famille à une condition spatiale est une constante dans certaines législations. Il apparaît, en dehors des cas d'assistance médicale à la procréation, que l'accès à certaines institutions du droit privé est conditionné, soit en fonction de la résidence dans le pays des personnes intéressées à y avoir accès, soit en fonction de leur nationalité. En effet, chaque fois qu'un ordre juridique crée une institution dont l'acceptation est loin d'être unanime, surgit, en dehors de la problématique relative aux règles de conflit, la question de la délimitation du champ d'application de la législation relative à cette institution. À titre d'exemple, on peut notamment mentionner en droit de la famille le mariage des couples de même sexe et l'homoparentalité. Cette pratique ne dispense pas de la nécessité de s'interroger quant à la nécessité de restreindre l'accès à ces nouvelles institutions en excluant des citoyens d'autres pays et en particulier ceux venant des pays au cadre juridique restrictif. Il est utile pour répondre à cette interrogation de présenter et de percevoir la raison d'être des conditions délimitant l'accès à d'autres institutions du droit de la famille adoptées par d'autres pays européens.

Avant de procéder à l'examen annoncé, il importe de faire une observation par rapport aux institutions examinées. Les problèmes de droit international privé font ici leur apparition d'une manière différente de celle concernant la filiation. Les institutions qui sont examinées requièrent pour leur constitution l'intervention d'une autorité publique. En revanche, l'établissement d'un lien de filiation ne requérait qu'exceptionnellement –au moins jusqu'à l'avènement de l'assistance médicale à la procréation–une intervention semblable. Ainsi, une autorité intervenait uniquement pour dresser l'acte d'état civil mentionnant les personnes considérées, en principe, comme les parents de l'enfant né. Cette donnée se trouve parfois modifiée en matière d'assistance

médicale à la procréation. La complexité de certains processus d'assistance à la procréation et la volonté de garantir la protection des droits des personnes participantes font que le législateur a décidé, dans certains pays, de faire intervenir une autorité juridictionnelle ou une autorité administrative. Le recours devant le juge ou l'autorité publique conditionne le droit d'accès à une technique, mais constitue aussi une condition nécessaire pour l'établissement du lien de filiation. Ceci étant, les questions de droit international privé et en particulier de conflit de lois peuvent surgir de manière similaire à celle d'autres institutions du droit de la famille, ce qui n'était pas le cas par le passé. Il faut néanmoins être attentif aux analogies faites entre différents secteurs du droit de la famille et du droit de l'assistance médicale à la procréation. Commençons par l'examen des conditions de délimitation de l'accès aux institutions du droit de la famille.

1. Autolimitation de la législation substantielle dans d'autres domaines du droit de la famille

Il convient ici d'examiner les conditions d'ouverture à l'adoption (a), au mariage (b) et au Pacs (c) tout en tentant de voir le rôle qui incombe aux règles de conflit et aux règles délimitant spatialement l'accès aux institutions du droit de la famille.

a. La délimitation de l'accès à l'adoption.

L'adoption a des traits communs avec certains processus d'assistance médicale à la procréation. Dans cette matière la règle de conflit est l'intermédiaire nécessaire chaque fois qu'elle revêt une dimension internationale. La réglementation de droit international privé qui en résulte est soucieuse du cadre juridique des États impliqués[312]. Dans ce sens, l'article 370-3 al. 1 et 2 du Code civil français prévoit que :

> *« Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe.*
>
> *L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.».*

[312] ROMANO Gian Paolo, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP*, 2006, pp. 457-519 et spéc. p. 506, note 197.

On constate dans cette disposition la combinaison d'une condition spatiale et d'une règle de conflit. La nationalité de l'adopté en tant qu'élément de rattachement perd en pertinence chaque fois qu'un enfant est né et réside habituellement en France.[313] La volonté d'éviter la création des rapports boiteux perd de sa force chaque fois qu'un lien existe avec l'ordre juridique français. On observe un assouplissement du jeu du mécanisme des règles de conflit, similaire à celui présent en droit grec.

En droit grec, l'article 23 § 1 du Code civil prévoit que les conditions de fond de l'adoption sont soumises de manière distributive à la loi nationale de chaque partie impliquée. Ici aussi, le jeu de jeu de la règle de conflit a pour objet de prévenir la création d'un lien de filiation boiteux. Toutefois, il arrive souvent en jurisprudence que le droit étranger normalement applicable selon la règle de conflit du for soit évincé, soit par le jeu de l'exception d'ordre public, pour ouvrir plus amplement l'accès à l'adoption ou à d'autres institutions du droit de la famille aux étrangers[314]. Dans certains de ces cas d'éviction de la loi étrangère, la contrariété des dispositions évincées du droit étranger à l'ordre public international n'est pas manifeste. L'éviction de la loi étrangère prohibitive s'explique surtout par le fait que la famille adoptive et l'enfant ont leur résidence habituelle dans le pays du juge requis. Nous constatons donc que l'existence d'un lien sérieux avec l'ordre juridique du juge requis –en général en raison de la résidence habituelle des intéressés– allège les limites imposées quant à l'accès à l'adoption. L'application du droit étranger bascule en faveur de la loi du for si bien qu'on puisse parler d'un rétrécissement du rôle de la règle de conflit bilatérale. En dehors de ce rétrécissement en matière d'adoption il faut ajouter que le besoin de prise en considération, voire l'application d'une loi étrangère, s'explique par le fait que dans une adoption internationale, la coopération au moins des deux pays est souvent nécessaire. Un tel besoin ne se vérifie pas dans un grand nombre de cas d'assistance médicale à la

313 AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, 7ème éd. réfondue, 2013, p. 730, n° 822.

314 ROMANO Gian Paolo, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP*, 2006, pp. 457-519 ; v. aussi l'arrêt du TGI d'Athènes, 921/2005, *NoB*, t. 54, 2006, [en grec], p. 104 et l'arrêt du TGI de Dodécanèse, *NoV,* t. 55, 2007, p. 2057 [en grec] ; la première écarte l'application du droit ukrainien prévoyant comme condition pour l'adoption un avis de l'autorité publique ukrainienne conforme avec le prononcé de l'adoption, qui est requise pour toute adoption d'un citoyen Ukrainien. La seconde écarte le droit russe applicable selon la règle de conflit grecque pour contrariété à l'ordre public grec en raison de l'inexistence de l'institution de l'adoption des personnes majeures ; v. cependant l'arrêt de la Cour d'appel de Thessalonique, 1438/2005, qui n'a pas permis la prononciation de l'adoption d'une personne majeure institution inconnue en droit ukrainien, base des données Nomos, n° de référence : (378221) [en grec] ; PANOPOULOS George, « Le droit applicable à l'adoption, Vers une abolition jurisprudentielle de l'article 23 § 1, Des réflexions à l'occasion de la décision du TGI de Syros 19ΕΠ/2006 », *NoB*, t. 55, 2007, pp. 2242-2253, spéc. pp. 2248 *et seq.* [en grec].

procréation. Examinons maintenant la délimitation et le rôle de la règle de conflit dans ce dessein en matière de mariage.

b. La délimitation de l'accès au mariage

Le mariage est un domaine où la règle de conflit conserve un rôle certain, qui est néanmoins en recul. Le contrôle de la teneur des lois étrangères applicables par l'autorité responsable pour la célébration du mariage varie. D'ailleurs, il existe des approches telles que celle de la loi fédérale suisse de droit international privé, qui, s'agissant des conditions d'ouverture du mariage aux étrangers, se démarque de la règle de conflit bilatérale traditionnelle. Ainsi, selon l'article 43 al. 2 de la LDIP :

> *« Les fiancés étrangers non domiciliés en Suisse peuvent aussi être autorisés à s'y marier par l'autorité compétente lorsque le mariage est reconnu dans l'État de leur domicile ou dans leur État national ».*

Cette solution, qui est un allègement de la délimitation de l'accès, constitue une application de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent conceptualisée par M. PICONE[315]. Selon cette approche, l'accès au mariage est ouvert largement à condition qu'un des ordres juridiques, avec lesquels les époux entretiennent une relation étroite, permette la célébration d'une telle union. L'utilisation alternative des deux ordres juridiques de référence témoigne de la faveur pour l'établissement du mariage. De nouveau, l'ouverture est plus ou moins libérale en fonction du contrôle effectué quant à l'existence du domicile par l'autorité responsable.

En droit grec, la règle de conflit relative aux conditions de fond et de forme du mariage atteste aussi de la faveur pour l'institution du mariage et d'un allègement de la délimitation. Ainsi, l'article 13 du Code civil grec énonce que les conditions de fond pour la célébration du mariage sont soumises, alternativement, à la loi nationale de l'un des deux époux, tandis que les conditions de forme sont soumises soit à la loi nationale d'un des deux époux soit à la loi du lieu de la célébration. Cette règle est donc aussi un indice d'ouverture généreuse au mariage qui est d'ailleurs en accord avec les moyens réduits que certaines autorités étatiques grecques disposent pour s'informer quant à la teneur d'une loi étrangère.

---

315 PICONE Paolo, « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent », *RCADI*, 1999, t. 276, pp. et s. et spéc. pp. 123 et s.

L'ouverture la plus spectaculaire d'une institution du droit de la famille à des personnes ayant des liens étroits avec un ordre juridique étranger s'est réalisée avec le mariage homosexuel en France. L'article 202-1 al. 1 du Code civil prévoit que :

> *« Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle »*

En même temps, l'article 202-al. 2 du Code civil vient préciser que :

> *« deux personnes du même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'entre d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».*

On observe que, malgré le caractère innovant de l'institution du mariage des personnes de même sexe et les réactions qu'il suscite dans un nombre considérable d'États, le législateur ouvre de manière généreuse l'accès à son droit. Une simple résidence suffit pour y avoir accès. Cette ouverture au mariage homosexuel a été complétée par un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2015[316]. En l'espèce, les juges français ont écarté l'application de la loi marocaine applicable aux conditions de fond du mariage selon la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 pour contrariété à l'ordre public international[317]. On voit donc comment la tentative d'empêcher la création des rapports potentiellement boiteux en tant qu'objectif du droit international privé recule encore plus ou est apprécié éventuellement de manière différente[318]. La solution a été critiquée tout d'abord pour l'interprétation retenue de l'ordre public international, qui est susceptible de conduire à la création des rapports boiteux[319] et à des conséquences éventuellement négatives sur le plan des relations internationales[320]. Le fait que les relations

---

316 Cass. civ., 1re, 28 janvier 2015, no 13-50.059 ; *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 402-406, obs. BODEN Didier, pp. 406-409, obs. HAMMJE Petra, pp. 409-412, obs. DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal ; *id.*GANNAGÉ Léna, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP* 2015, pp. 525-529 ; *Clunet* 2015, note par GUILLAUMÉ Johanna, GODECHOT-PATRIS, Sara, pp. 597-613; *D.* 2015 ; FULCHIRON Hugues, « Le « mariage pour tous est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015, pp. 464-469 GAUDEMET-TALLON Hélène, JAULT-SESEKE Fabienne, pp. 1056-1069 ; DEVERS Alain, FARGE Michel, « Mariage homosexuel franco-marocain : contradiction entre les motifs et le communiqué de la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2015-3, pp. 66-69 ; *RTD civ.* 2015, pp. 359-360, note HAUSER Jean ; USUNIER Laurence, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *RTD civ.* 2015, pp. 343-348.

317 L'article 5 de la Convention prévoit que « *les conditions de fond du mariage …sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité* ».

318 MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 11ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2014, p. 401, no 571.

319 GANNAGÉ Lena, « L'ordre public militant : le mariage pour tous … », *op.cit.*, pp. 526-528.

320 *Ibid.*, pp. 528-529. V. toutefois USUNIER Laurence, « L'exception d'ordre public au secours du mariage »., *op.cit.*, qui observe que : « *La loi marocaine applicable est contraire à l'ordre public, non pas dans l'absolu en*

internationales doivent préoccuper le législateur dans la réglementation des rapports privés internationaux doit être admis. Cependant, il ne nous semble pas que l'extension du mariage aux couples de même sexe à des ressortissants venant des pays prohibifs est une raison plausible des problèmes dans les relations que la France entretient avec ceux pays. Sinon, on devrait penser que le Pacs entre personnes de même sexe, l'adoption par des couples de même sexe et de nombreuses autres institutions des sociétés occidentales heurtent moins les sensibilités de pays plus conservateurs, ce qui serait faux. Par conséquent, ce risque est exagéré. En ce qui concerne le risque de la création des rapports boiteux, il ne peut pas non plus être affirmé de manière abstraite, mais il est fonction du degré d'intégration d'un couple dans une société donnée telle que la société française. Il paraît logique que cette intégration ne soit pas uniquement évaluée en fonction de la nationalité. D'ailleurs, comme on l'a pertinemment observé : « *s'il est vrai que ces unions demeureront irrégulières dans les États qui, tel le Maroc, refusent le mariage entre personnes de même sexe, on peut supposer que les couples concernés en ont parfaitement conscience et n'ont guère l'intention d'invoquer leur qualité d'époux dans ces États, dans lesquels l'homosexualité est encore parfois passible de sanctions pénales* »[321].

Un tel recul de la considération relative à la création des relations boiteuses et, par conséquent, de la règle de conflit bilatérale, est également à l'œuvre en droit allemand, s'agissant de l'accès au mariage traditionnel. Selon la Cour constitutionnelle allemande, le for ne doit pas restreindre l'accès à une institution comme le mariage à des étrangers par crainte de créer un statut boiteux[322]. Selon ce raisonnement, une telle restriction va à l'encontre de la liberté de mariage et risque d'être inconstitutionnelle. Dans le même sens, il a été avancé qu' « *il semble assez cohérent que l'alternative entre la décision de créer le statut dans le for en acceptant le risque qu'il soit boiteux dans un ou plusieurs États étrangers et la décision de ne pas créer ce statut dans le for afin précisément d'éviter qu'il soit boiteux dans ces États, soit résolue par les intéressés eux-mêmes* »[323]. Il semble logique qu'un État permette aux personnes ayant des liens de rattachement avec celui-ci de revendiquer le bénéfice de l'application de sa propre loi. Cette position mérite d'être réfléchie. Avant de l'apprécier, on s'arrêtera aussi aux conditions d'ouverture au Pacs.

---

ce qu'elle « s'oppose au mariage de personnes de même sexe », mais seulement « dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». », spéc. p. 346.

[321] USUNIER Laurence, « L'exception d'ordre public au secours du mariage », *op.cit.*, p. 347.

[322] Trib. constitutionnel fédéral allemand, 4 mai 1971, *Rev. crit. DIP.* 1974, pp. 57-75, note par LABRUSSE Catherine.

[323] ROMANO Gian Paolo, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP*, 2006, pp. 457-519 et préc. p. 509, n° 46.

c. La délimitation de l'accès au Pacs

S'agissant du Pacs, on constate également son ouverture généralisée aux étrangers dans de nombreux droits. Cette ouverture s'exprime par la délimitation de l'accès à ladite institution en fonction de la résidence des intéressés et en faisant le choix d'une règle de conflit bilatérale facilitant sa conclusion. En ce sens le droit français prévoit dans l'article 515-3 du Code civil que :

> « *Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune.*
> …
> *À l'étranger, l'enregistrement de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux deuxième et quatrième alinéas sont assurés par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte* ».

Ces dispositions sont accompagnées en France par la règle de conflit libérale de l'article 515-1-7 du Code civil qui prévoit que :

> « *Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'autorité qui a procédé à son enregistrement* ».

Il suffit donc que les deux partenaires aient fixé leur résidence commune en France afin de conclure un Pacs. Cela ne signifie pas nécessairement qu'ils soient tous les deux domiciliés en France[324]. L'accès au Pacs se fait donc indépendamment de la nationalité des intéressés. Il semble même qu'une nationalité commune renvoyant à un statut prohibitif n'est pas suffisante pour constituer un obstacle à l'enregistrement du partenariat.

Cette ouverture ne se limite pas au Pacs, malgré la persistance des règles de conflit classiques dans d'autres institutions du droit de la famille. Comme l'on a observé ci-dessus, l'ouverture dans d'autres domaines s'effectue par l'assouplissement du jeu de la règle de conflit. De plus, l'adoption des règles de conflit de ce type et la faveur pour le droit du for ne sont pas justifiées de manière convaincante par l'argument qui consiste à dire que l'institution du Pacs n'est pas suffisamment internationalisée pour créer une

[324] MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 11e éd., L.G.D.J./Lextenso éditions, Paris, 2014, p. 398, note 4.

règle de conflit bilatérale[325]. Si ce raisonnement était retenu, il devrait conduire lors de sa généralisation en Europe à un traitement plus sévère au moment de l'enregistrement. Cette solution serait absurde car la généralisation de l'institution aurait comme conséquence sa restriction au lieu d'une reconnaissance plus étendue de celle-ci.

En outre, on constate que, d'une part, au sein d'autres pays, le droit de conclure un partenariat enregistré est reconnu amplement aux ressortissants étrangèrs à condition qu'elles justifient un lien avec l'ordre juridique en cause et que, d'autre part, la règle de conflit au stade de la création du lien de famille recule. Ainsi, au Danemark, il est requis que les parties aient fixé depuis deux ans leur résidence sur le territoire et que l'une d'entre elles ait la nationalité du pays. En Suède et en Norvège, il suffit que l'une des parties soit résidente du pays depuis deux ans[326] tandis qu'en Suisse, le lien exigé est soit celui du domicile soit celui de la nationalité d'un des partenaires[327]. Contrairement à ces pays, l'Allemagne n'exige aucun lien du couple avec le pays pour conclure un partenariat enregistré (art. 11 en combinaison avec l'art. 17 de la loi sur le statut personnel [*Personenstandsgesetz*] en combinaison avec l'art. 17b de la Loi introductive du Code civil allemand)[328].

Il ressort de l'exposé qui précède que les législateurs nationaux n'érigent pas en considération primordiale ou exclusive, lorsqu'ils légifèrent, le risque de contribuer à la création des relations boiteuses. Ils ne sont pas plus soucieux des réactions qu'une telle attitude libérale peut provoquer au sein des ordres juridiques aux positions plus restrictives. Une explication de cette approche tient au fait que la question de l'accès aux institutions du droit de la famille est liée à l'exercice des droits subjectifs. Des considérations relatives à un traitement égalitaire des personnes et des considérations liées à l'intégration des étrangers dans un pays donné contribuent aussi à l'accessibilité des institutions du droit de la famille, même dans des cas où la règle de conflit ne le permet pas[329]. Des arguments en sa faveur trouvent leur source également au sein de

---

325 KESSLER Guillaume, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, préf. de Paul Lagarde, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 127, n° 212.

326 ROMANO Gian Paolo, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP* 2006, pp. 457-519 et préc. p. 465, n° 6.

327 Art. 43 al. 1 en combinaison avec l'article 65a de la Loi fédérale sur le droit international privé.

328 KESSLER Guillaume, Les partenariats enregistrés en droit international privé, (préface de Paul Lagarde), L.G.D.J., Paris, 2004, p. 123, n°206 ; ROMANO Gian Paolo, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP*, 2006, pp. 457-519 et préc. p. 466, n° 6. La loi sur le statut personnel est consultable sur : <.http://www.gesetze-im-internet.de/pstg/index.html#BJNR012210007BJNE000200000> et la Loi introductive du Code civil allemand, dans une traduction effectuée par Mlle MATRINGE Eve dans : <http://jafbase.fr/docUE/Allemagne/DIPFrench.PDF> ; dernière visite le 12.10.2016.

329 V. En ce sens par rapport au mariage USUNIER Laurence, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *RTD civ.* 2015, pp. 343 *et seq.*.

l'Union européenne où l'interdiction du traitement discriminatoire et la liberté de circulation des personnes expliquent l'extension des possibilités de créer une famille existant pour les nationaux du pays en cause aux étrangers venant d'un autre pays membre de l'Union européenne.

On a de surcroît avancé deux autres explications de cette tendance d'ouverture. Selon M. ROMANO : « *La première tient à ce que la loi du for est la loi que le for a le droit d'estimer, chez lui, matériellement, la plus juste possible, tout simplement parce qu'il a le devoir de lui donner le contenu matériel qu'il estime, en tous cas pour son ordre, le meilleur, le plus juste possible. S'il est matériellement juste pour le for que les couples qui remplissent les conditions qu'il fixe et qu'elles souhaitent, puissent donner naissance dans le for à une nouvelle situation juridique et la vivre dans le for, à chaque fois que le for refuse à un couple la possibilité de se prévaloir de sa loi et de la vivre chez-lui, il lui refuse sciemment chez lui l'accès à la meilleure justice* »[330].

Un changement donc de philosophie s'est réalisé quant au rôle réservé aux personnes privées dans la création des rapports familiaux. Ce changement apparaît à l'observation de deux données juridiques relatives à la célébration du mariage ou d'un rapport de nature similaire. La possibilité de se marier est liée à la liberté de créer une famille. Cette évolution s'affirme de manière claire en particulier au sein des pays membres du Conseil de l'Europe. Ainsi, la possibilité de se marier est considéré comme un droit fondamental protégé à un premier niveau par la Constitution de chaque État, et, à un niveau supérieur, par la Convention européenne des droits de l'Homme. Par conséquent, certaines limites à l'accès aux institutions du droit de la famille peuvent être constitutives d'une violation du droit de fonder une famille même si elles peuvent s'expliquer en partie par l'internationalité de l'affaire. De plus, les empêchements au mariage sont, toujours dans le contexte européen, et dans une certaine mesure, uniformisés. Les différences des législations des pays européens quant aux dispositions pouvant constituer un empêchement à la célébration d'un mariage sont sensiblement diminuées. En ce qui concerne le droit applicable aux conditions de forme, il serait aujourd'hui inéquitable que leur application stricte et rigoureuse conduise à l'annulation d'un mariage d'un État à l'autre. Les mêmes données se vérifient en partie par rapport aux autres institutions conduisant à la création d'un lien familial.

En guise de conclusion, nous pouvons affirmer que la règle de conflit bilatérale classique et en particulier celle ayant pour élément de rattachement la nationalité, recule de plus en plus lorsqu'il s'agit d'ouvrir l'accès aux institutions du droit de la famille. On

[330] ROMANO Gian Paolo, *Ibid.*, p. 508, n°45.

constate que l'accès aux institutions du droit de la famille est souvent conditionné par une condition spatiale qui varie d'un ordre juridique à l'autre. Elle peut être la résidence simple, la résidence habituelle ou encore le domicile. Le rôle de ces conditions dans les efforts des législateurs d'empêcher la survenance des rapports boiteux varie aussi en fonction du contrôle exercé par les autorités compétentes. Plus les exigences de ce contrôle diminuent, moins sa nécessité est évidente. Toutefois, en fonction de la matière, des problèmes particuliers doivent être pris en considération pour apporter une réponse à la question relative à la nécessité d'une telle condition spatiale ou éventuellement d'une règle de conflit. C'est la raison pour laquelle la question est posée par rapport aux processus d'assistance médicale à la procréation, lesquels soulèvent le plus de controverses.

2. L'opportunité d'autolimitation par rapport à la gestation pour autrui

Une des raisons des délimitations spatiales adoptées par certaines législations en matière de gestation pour autrui réside dans la volonté d'empêcher les déplacements transfrontaliers à des fins procréatives [331]. Ces conditions peuvent indirectement permettre d'éviter la confrontation des législations différentes et, par conséquent, réduire le risque de survenance de rapports privés boiteux. Cependant, des dispositions comme celle de l'article 8 de la loi grecque 3089/2002 ne sont pas à l'abri de toute critique.

Tout d'abord, il faut observer que l'application de ladite disposition n'a pas pu en pratique dissuader de manière efficace les couples venant des pays étrangers d'avoir accès à une gestation pour autrui. La raison tient à ce que les moyens de preuve les plus divers ont été considérés comme suffisants à prouver le domicile de la mère d'intention et de la gestatrice. Ainsi, il ressort de la jurisprudence mise en lumière par la recherche susmentionnée[332], que le juge n'a pas suffisamment insisté sur la permanence du domicile puisque les moyens de preuve qu'il avait considérés comme suffisants n'étaient pas en mesure de démontrer une durée précise. Ainsi, dans vingt décisions d'attribution de l'autorisation pour la gestation pour autrui dont on pouvait soupçonner le caractère international, le témoignage d'une personne avait été considéré comme preuve suffisante

[331] Pour la Grèce v. AGALLOPOULOU Pénélope, KOUTSOURADIS Achilles, *Assistance Médicale à la Procréation Humaine, Loi no 3089/2002, Travaux Préparatoires - Discussions Parlementaires*, p. 238 [en grec] ; KOUNOUGERI-MANOLEDAKI Efie, *Fertilisation Artificielle et Droit de la Famille*, 2ème éd., Athènes-Thessalonique, SAKKOULAS, 2005, p. 64 [en grec].
[332] V. RAVDAS Pantelis, « Maternité de substitution : les attentes du législateur … », *op.cit.*

de l'existence du domicile[333]. Parmi celles-ci plusieurs mentionnent que le domicile a été prouvé par les documents produits à l'audience, sans pour autant les nommer explicitement. Dans deux décisions, le permis de séjour de la mère porteuse est invoqué comme preuve du domicile[334]. Une des décisions prend acte du permis de travail temporaire de la mère porteuse[335], et une autre d'une attestation sur l'honneur quant à l'existence du domicile[336]. Dans une deuxième catégorie, qui comprend onze décisions dont l'internationalité est explicitement affirmée, nous remarquons de nouveau que, dans la majorité d'entre elles, la preuve du domicile se fait à l'aide des témoins. Ceux-ci sont le plus souvent directement associés au couple requérant, soit par le biais de la parenté, soit par des liens d'amitié[337]. Dans deux des décisions examinées la déclaration de revenus est produite lors de la procédure[338] tandis que dans une autre il avait été fait appel au fait que la mère porteuse était assurée depuis sept ans auprès de l'Institut National de Sécurité sociale (I.K.A.)[339]. Enfin, une décision repose, pour la preuve du domicile, sur le contrat de location de logement de la mère porteuse[340] et une autre uniquement sur l'existence d'une candidature de la mère porteuse pour un permis de séjour[341]. D'ailleurs, cette pratique consistant à ne pas contrôler de manière rigoureuse l'existence du domicile est confirmée aussi par des articles de la presse internationale que par des décisions récentes[342].

Une autre objection à ladite disposition est de lui reprocher de priver des femmes grecques, domiciliées à l'étranger, de leur droit à la procréation. Cette objection est révélatrice d'une contradiction du cadre juridique grec parce que, soit on reconnaît aux juges grecs la possibilité d'identifier des situations de violation du principe de gratuité

---

333 TPI d'Athènes, 6662/02.12.2003 ; TPI d'Athènes, 2977/12.05.2004 ; TPI d'Athènes, 3305/25.05.2004 ; TPI d'Athènes, 4878/06.09.2004 ; TPI d'Athènes, 1255/23.02.2005 ; TPI d'Athènes, 2409/12.04.2005 ; TPI d'Athènes, 5263/02.09.2005 ; TPI d'Athènes, 5427/23.09.2005 ; TPI d'Athènes, 7043/29.12.2005 ; TPI d'Athènes, 691/30.01.2006 ; TPI d'Athènes, 1079/23.02.2006 ; TPI d'Athènes, 5234/12.09.2006 ; TPI d'Athènes, 5243/13.09.2006 ; TPI d'Athènes, 2994/05.2007 ; TPI d'Athènes, 3871/2007 ; TPI d'Athènes, 4175/02.07.2007 ; TPI d'Athènes, 4837/….2007 ; TPI d'Athènes, 5305/05.09.2007 ; TPI d'Athènes, 5387/10.09.2007 [non publiées – en grec] ;

334 TPI d'Athènes, 5230/12.09.2006 [non publiée - en grec].

335 TPI d'Athènes, 5863/31.10.2003 [non publiée - en grec].

336 TPI d'Athènes, 4042/03.07.2006, [non publiée - en grec].

337 TPI d'Athènes, 5284/27.08.2003 (modifiée par l'arrêt 3812/13.09.2005) ; TPI d'Athènes, 5246/ 13.10.2004 ; TPI d'Athènes, 4189/29.06.2005 ; TPI d'Athènes, 1484/ 08.03.2006 ; TPI d'Athènes, 5261/31.08.2007 [non publiées - en grec].

338 TPI d'Athènes, 3141/13.05.2005 ; 219/14.01.2008 ; [non publiées - en grec].

339 TPI d'Athènes, 27/05.01.2005, [non publiées - en grec].

340 TPI d'Athènes, 2064/03.04.2007 ; [non publiées - en grec].

341 TPI d'Athènes, 596/30.01.2007 [non publiées – en grec].

342 see eg J. MILLS, Triplets make it a grand total of 12 babies for the super-surrogate mother, 25 March 2008, consultable sur : <www.dailymail.co.uk/news/article-543948/Triplets-make-grand-total-12-babies-supersurrogate-mother.html#>; dernière visite le 12.10.2016 ; TPI de La Canée 159/2012 ; Juge de Paix d'Athènes 87/2014, TPI d'Athènes 2119/13.07.2015 [non publiées - en grec].

posé par la loi grecque et l'on permet, par conséquent, la gestation pour autrui, soit il faut le limiter entre femmes ayant entre-elles, un lien de filiation ou un lien d'amitié caractérisé. Il est évident que des personnes financièrement faibles existent aussi en Grèce comme dans la plupart des pays de l'Union européenne.

En dehors de la disposition grecque l'on pourrait avoir des doutes quant à l'intérêt d'empêcher le déplacement transfrontalier à des fins procréatives. Les termes empruntés sont chargés de valeur péjorative et conduisent souvent à faire économie de la réflexion nécessaire[343]. Empêcher les personnes de se déplacer pour poursuivre un objectif que l'ordre juridique considère comme légitime ne paraît pas logique de prime abord. La solution peut d'ailleurs paraître injustifiable, dans la mesure où les empêcher de voyager en Grèce peut les inciter à voyager vers des pays au cadre juridique plus laxiste et moins transparent. En outre, en termes de coordination, utiliser le domicile ou la résidence habituelle en tant que critère peut limiter l'accès à des personnes dont la loi du pays où ils habitent permet aussi le procédé en cause mais dans des conditions différentes.

Pourtant, les limites spatiales ne sont pas totalement injustifiables et pas exclusivement pour des raisons propres au droit international privé. En fait, dans certains cas, le caractère transfrontière de la gestation pour autrui est un facteur de complication du processus et d'augmentation des dangers inhérents à celui-ci[344]. Ainsi, cette limite s'explique entre autres du fardeau psychologique que ce processus implique pour les participants. Le fait qu'il s'agit d'une procédure difficile mettant en cause directement les sentiments des personnes impliquées incite à penser qu'il est mieux que toutes les parties participantes soient intégrées dans l'environnement où celui-ci s'effectue. La raison tient en ce que la nécessité d'une compréhension mutuelle entre les participants peut être empêchée dans le cas où les parents d'intention et la mère porteuse et sa famille parlent des langues différentes. D'ailleurs, le fait qu'une gestation pour autrui s'effectue dans un contexte transfrontalier et que le pays de la résidence habituelle de l'enfant à naître sera différent de celui de la mère porteuse conduira à le priver, au moins dans certains cas, de

[343] Pour une terminologie neutre v. SHENFIELD F., de MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETTI A.P., NYBOE ANDERSEN A., de WERT G., et GOOSSENS V., the ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, « Cross border reproductive care in six European countries », *Human Reproduction*, Vol.25, No.6, 2010, pp. 1361-1368.

[344] Sur les dangers qui surgissent dans le contexte d'un recours transfrontalier à une gestation pour autrui v. BRUNET Laurence and others, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs, May 2013, spéc. pp. 193-194, consultable sur : http://www.europarl.europa.eu/ studies>, dernière visite le 12.10.2016 ; VAN BEERS C. Britta, « Is Europe "Giving in to Baby Markets ?" Reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets », *Medical Law Review* 2015, pp. 103-134, spéc. p. 106.

la possibilité d'établir ultérieurement le contact avec cette dernière et d'obtenir des informations par rapport à l'histoire de sa conception. Un tel contact qui n'est pourtant pas nécessairement prévu par les législations ouvrant l'accès à la gestation pour autrui peut être considéré comme partie du droit de la personne à la connaissance de ses origines. Un tel besoin est encore plus fort dans le cas où la mère porteuse contribue non seulement en portant l'enfant mais aussi en mettant aussi à disposition ses ovules. En outre, les dangers pour la protection des droits de la mère porteuse et de l'enfant s'accentuent dans le cas des gestations pour autrui internationales. Dans ce sens, il suffit de rappeler les incidents d'abandon d'enfants par des parents d'intention lorsqu'un enfant est né avec un problème médical[345]. Enfin, il ne faut pas négliger le fait qu'il existe des cas où les parents d'intention ont accueilli l'enfant mais sont rentrés dans le pays de leur résidence habituelle sans payer la rémunération convenue avec la mère porteuse. Ces risques inhérents à une gestation pour autrui démontrent que l'admission des certaines limites quant à l'accès à la gestation pour autrui sont raisonnables, surtout si un ordre juridique ne dispose pas dans son arsenal des moyens de prévenir ces dangers.

La réponse peut être différente par rapport aux autres procédés de procréation médicalement assistée.

3. L'opportunité d'autolimitation par rapport aux autres procédés de procréation médicalement assistée

En matière d'accès à la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe et d'accès à des techniques effectuées *post mortem*, les considérations ne sont pas les mêmes. Tout d'abord, les droits d'une personne qui collabore de manière active à un tel processus ne sont pas aussi gravement mis en danger que dans le cas de la gestation pour autrui. D'autre part, en ce qui concerne l'accès des couples de femmes, une telle limite risque d'être ineffective, dans la mesure où une femme peut très facilement avoir accès à une procréation médicalement assistée dans un grand nombre des pays. D'ailleurs, les techniques existantes permettent déjà, dans certains cas, la pratique de l'auto-insémination[346]. Le développement de la technologie d'assistance à la procréation laisse

[345] V. dernièrement l'affaire du bébé Gammy né suite à une gestation pour autrui souffrant d'une trisomie 21, qui a été abandonné par les parents d'intention, DUBUS Arnaud, « GPA : l'embarrassant cas thaïlandais », *La Libération*, 05.08.2014, consultable sur :
<http://www.liberation.fr/monde/2014/08/05/gpa-l-embarrassant-cas-thailandais_1076087> dernière visite le 12.10.2016.

[346] Sur cette pratique JACKSON Emily, « DIY Assisted Conception and the future of regulation », in Medically Assisted Reproduction : in Elissavet SYMEONIDOU-KASTANIDOU (sous la dir. De),

présager une facilitation de ces moyens. Par rapport à l'accès à une insémination *post mortem*, les facultés ne sont pas les mêmes, puisqu'une intervention médicale est nécessaire aussi bien pour l'extraction du matériel génétique que pour sa mise à disposition ultérieure à des fins procréatives. Cependant, nous ne pensons pas que des telles limites soient opportunes car il s'agit d'un processus qui, à notre avis, ne suscite pas des problèmes insurmontables liés à l'internationalité de la situation.

4. L'opportunité d'une autolimitation par le biais d'une règle de conflit ou de la méthode piconienne de la référence à l'ordre juridique compétent.

Comme nous l'avons vu dans le cas des Pays-Bas en matière de consécration d'un double lien en faveur des deux femmes, le jeu de la règle de conflit au moment de l'accès à la procréation médicalement assistée n'est pas exclu. Il peut alors être question de savoir s'il ne serait pas opportun de faire dépendre l'accès à l'acceptation du lien de filiation qui va être créé suite au processus suivi par la loi désignée applicable, par une règle de conflit. Nous avons vu que le droit positif des pays examinés ne s'oriente pas dans cette direction. Il est par conséquent difficile qu'une telle proposition se propage puisque cela supposerait un changement de la pratique. De plus, on a pris acte d'un recul de la règle de conflit par rapport à d'autres institutions où celle-ci était bien présente par le passé. Cependant, pour répondre à une telle question de manière définitive, il faut également envisager si une règle de conflit ayant des qualités qui permettront son rayonnement présente une utilité dans un contexte autre que celui de l'accès aux processus. Nous examinerons dans le deuxième titre si les règles de conflit *de lege lata* ou *de lege ferenda* peuvent en matière de filiation tissée à la suite d'une assistance médicale à la procréation avoir une valeur ajoutée. Toutefois, au stade de l'accès aux techniques, une intervention des règles de conflit, qui mettrait en cause la pratique actuelle en limitant l'accès de manière considérable, ne nous semble ni opportune ni réaliste. À ce stade il est néanmoins possible de s'interroger sur le potentiel d'une autre méthode, à savoir celle de la référence à l'ordre juridique compétent.

On a fait observer l'apparition d' « *un avatar* » de cette méthode en Inde en ce qui concerne l'accès à des couples à la gestation pour autrui[347]. Il est rapporté dans les médias que le gouvernement indien aurait l'intention de faire dépendre l'accès à la gestation pour

---

Towards a common European legislation », Maison d'éditions SAKKOULAS, Athènes/Thessaloniki, pp. 335-352.

[347] BOLLÉE Sylvain, « La gestation pour autrui en droit international privé », *Trav. com. fr.DIP* 2012-2014, Pédone, Paris, 2015, pp. 215-232, et débats pp. 233-248, spéc. p. 229.

autrui de la preuve apportée, par les parents prospectifs, que la gestation pour autrui est légale dans le pays de leur résidence et que l'enfant né par une mère porteuse indienne obtiendra la nationalité du pays de la résidence des parents d'intention[348]. En l'état actuel du droit indien en matière de gestation pour autrui il existe une restriction, qui empêche les célibataires, les couples étrangers non mariés ou mariés pour une période inférieure à deux ans d'avoir recours à une gestation pour autrui[349]. Toutefois, il faut noter qu'en Inde l'accès à des étrangers a été récemment interdit et qu'un projet de loi a été publié le 24 août 2016 visant à l'interdiction de gestation pour autrui à caractère commercial[350]. Ces tentatives visant à restreindre l'accès à la gestation pour autrui à des ressortissants étrangers pourraient être un moyen apte à se prémunir contre certains dangers liés à l'internationalité de la gestation pour autrui. Il est cependant certain, d'une part que cette position seule ne suffirait pas à éviter les problèmes pouvant surgir dans un contexte international et, d'autre part que la création d'un statut boiteux de l'enfant issu d'une opération de gestation pour autrui n'est pas une raison à elle seule suffisante. En réalité, dans la majorité des pays ayant interdit la gestation pour autrui, cette interdiction n'a jamais empêché la reconnaissance par la suite d'un lien de filiation ou la responsabilité parentale des parents d'intention[351]. Par conséquent, nous pensons qu'entre le risque de

---

348 Nous tenons à remercier Maître RAMASUBRAMANIAN Hari, spécialiste de la gestation pour autrui en Inde pour les informations qui a pu nous communiquer ; MALHOTRA Anil, MALHOTRA Ranjit, « Surrogacy for Single and Unmarried Foreign Persons : A Challenge under Indian Law », in *The international Survey of Family Law*-2014 Edition, (General Editor Bill Atkin) Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2014, pp. 165-179, spéc. p. 168-170 ; Ainsi selon la page du ministère de l'intérieur : « 2. *The Ministry of Home Affairs has decided that Foreign nationals intending to visit India for the purpose of Commissioning Surrogacy shall be issued Medical Visa subject to the fulfillment of following conditions:*
(i)The foreign man and woman are duly married and the marriage should have sustained at least for two years.
(ii) A letter from the Embassy of the foreign country in India or the Foreign Ministry of the country should be enclosed with the visa application stating clearly that (a) the country recognizes surrogacy and (b) the child/children to be born to the commissioning couple through the Indian surrogate mother will be permitted entry into their country as a biological child/children of the couple commissioning surrogacy. » consultable sur : <http://www.boi.gov.in/content/surrogacy> ; dernière visite le 12.10.2016 ; R. CARR, India to enforce visa restrictions on those seeking surrogacy, *Bionews* 04.11.2013, no 729, consultable sur < http://www.bionews.org.uk/page_359997.asp?hlight=India+surrogacy>; dernière visite le 12.10.2016 ; Plus récemment, il paraît qu'il y a eu des propositions de legislation pour exclure des étrangers de l'accès à une gestation en Inde v.: <http://blog.indiansurrogacylaw.com/commercial-surrogacy-for-foreign-nationals-in-india/> dernière visite le 12.10.2016.

349 MALHOTRA Anil, MALHOTRA Ranjit, *ibid.*, spéc. pp. 172-173.

350 v. « Surrogacy in India, The end of paid labour ? », *The Economist*, 3-9 septembre 2016, p. 48.

351 En ce sens v. BRUNET Laurence et al., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs, mai 2013, spéc. pp. 72-104, 112-114, 120, 123, consultable sur : <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf>, dernière visite le 12.10.2016. Le lien juridique en Belgique et aux Pays-Bas est souvent créé par le biais d'une adoption ou par la reconnaissance effectuée par le père biologique. De l'autre côté en Autriche on procède à la reconnaissance du statut établi à l'étranger. Des solutions similaires sont adoptées en Italie et en Allemagne, qui ont une attitude très stricte à l'égard de la gestation pour autrui. Pour les solutions en Allemagne v. entre autres COESTER-WALTJEN Dagmar, « Problems of transnational surrogacy arrangements », in *Medically Assisted Reproduction: Towards a Common European*

créer un rapport boiteux –ce qui ne se vérifie pas en réalité– et la certitude de l'exclusion d'une personne ou d'un couple d'une possibilité qu'un ordre juridique considère comme légitime, le premier est préférable. Notre conviction se renforce en particulier au sein des pays membres du Conseil de l'Europe en raison de la protection que la famille *de facto* bénéficie par le système des droits de l'Homme.

Or, d'aucuns pourraient identifier une raison propre au sein des systèmes tels le Conseil de l'Europe ou l'Union européenne en faveur de l'autolimitation.

B. OPPORTUNITÉ DE COORDINATION AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

La question du fondement de l'application du droit étranger a été débattue longuement au sein de la doctrine. En droit international public il n'existe pas de fondement imposant aux États de faire une place au droit étranger dans la réglementation des affaires affectées d'élément d'internationalité. Son application s'appuie sur des considérations de courtoisie internationale et surtout sur des besoins pratiques. De même la coordination entre les États, en ce qui concerne les rapports privés ne découle pas d'une obligation juridique. Il est permis de penser qu'entre autres le souci du développement des relations internationales harmonieuses pousse les États à se pencher sur le problème de la coordination internationale et à céder une place aux solutions de droit étranger, comme celles-ci se dégagent des règles ou des décisions.

Le besoin d'harmonie internationale des solutions pourrait éventuellement être considéré plus impérieux au sein d'une communauté d'États telle l'Union européenne. Aux États-Unis on a constaté, à propos du mariage qu'une loi a été adoptée avec une large majorité au niveau fédéral (*Defense of Marriage Act* – ci-après DOMA) en 1996 donnant une définition restrictive du mariage –entendu exclusivement comme l'union d'un homme et d'une femme– pour les besoins de l'application de la législation fédérale (*section* 3 § 7 DOMA)[352]. En parallèle, la *section* 2 DOMA permettait, entre autres, aux

legislation ?, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 297-308, spéc. pp. 298-301). Enfin, la France dans le dernier état de sa jurisprudence va dans la même direction mais même avant les derniers arrêts du 3 juillet 2015, la prohibition catégorique de la gestation pour autrui n'a jamais conduit à priver les parents d'intention de la garde des enfants nés de la gestation pour autrui.

[352] *Section* 3 DOMA : « *§ 7. Definition of 'marriage' and 'spouse' :*
(a) In general- Chapter 1 of title 1, United States Code, is amended by adding at the end the following:
"In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and

États interdisant le mariage aux personnes de même sexe de ne pas reconnaître des tels mariages valablement conclus dans d'autres États (*section 2* DOMA)[353]. En 2013 la *section* 3 de cette loi a été déclaré inconstitutionnelle par le Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Windsor* v. *United States*[354]. La *section* 2 du DOMA a été, depuis la récente décision de la Cour suprême des États-Unis relative au mariage entre personnes de même sexe, déclarée inconstitutionnelle[355]. Le législateur fédéral aux Etats-Unis avait pris le soin de limiter l'effet de la clause *Full Faith and Credit Clause* en matière de mariage homosexuel. Toutefois, la décision récente de la Cour suprême des États-Unis a restauré le plein effet de cette clause. Ces évolutions outre Atlantique ne dispensent pas de s'interroger sur la pertinence, au sein de l'Union européenne d'une réglementation similaire à celle du *DOMA*. En outre, il serait possible de s'interroger sur la possible mise en œuvre du devoir de coopération entre les États-membres, consacré par l'article 3 bis § 3 TUE [356] pour garantir l'effectivité de l'obligation imposée par le droit de l'Union européenne de respecter les réglementations d'autres États portant sur des questions du droit privé[357]. Nous pouvons nous demander si une obligation de coopération peut se déduire en particulier dans les cas où le système du droit de l'Union européenne, bien qu'il n'ait pas de compétence, exerce une influence considérable sur les droits nationaux. Un argument en faveur d'une telle initiative peut aussi être puisé dans l'article 3bis TUE §§ 1, 2 imposant le respect de la compétence étatique, de l'identité nationale et de l'ordre public [358]. Les exigences de la construction de l'Union européenne pourraient se

---

one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.". »

353 *Section* 2 DOMA : « *Sec. 2. Powers reserved to the states. (a) In general.—Chapter 115 of title 28, United States Code, is amended by adding after section 1738B the following: "§ 1738C. Certain acts, records, and proceedings and the effect thereof "No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship."*. »

354 570 U.S. (*more*) 133 S.Ct. 2675; 186 L.Ed.2d 808.

355 *James Obergefell, et al., Petitioners* v. *Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, 576 U.S. (June 26, 2015).

356 Article 3bis § 3 TUE : « *3. En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les Etats membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.*

Les Etats membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.

Les Etats membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

357 NIBOYET Marie-Laure, « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in Jean-Sylvestre BERGÉ, Marie-Laure NIBOYET (sous la dir. de), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 153-181 et préc. pp. 173-174.

358 Article 3bis TUE : « *1. Conformément à l'article 3ter, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres.*

2. L'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les

cristalliser par l'adoption des dispositions similaires à celles adoptées dans DOMA. Une mesure moins rigoureuse inviterait les États membres à adopter des conditions spatiales relatives à l'accès aux institutions du droit de la famille ou une autre méthode d'autolimitation, qui pourtant ne sont pas majoritairement adoptées. Un argument en ce sens pourrait résider dans la discontinuité des relations privées. Enfin, à l'époque de la montée des nationalismes il serait possible d'avancer que la promotion de la reconnaissance à travers l'Union européenne des nouveaux liens de famille peut déclencher des forces centrifuges sapant l'édifice de l'Union européenne.

Nous ne partageons pas une telle opinion. En effet, il est impossible d'identifier dans le droit de l'Union européenne une obligation juridique d'autolimitation des États membres chaque fois qu'ils légifèrent dans des domaines sensibles du droit privé. En conséquence, chaque État reste libre de déterminer les conditions d'accès à ses institutions familiales. Tenter de restreindre à certaines institutions familiales aurait pour conséquence de faire prévaloir les positions des pays adoptant des positions restrictives au détriment de ceux qui choisissent une approche différente[359]. D'ailleurs, comme on le verra plus tard, l'obligation de confiance mutuelle et de reconnaissance des décisions au sein de l'Union européenne laisse une marge importante aux États pour reconnaître ou ne pas reconnaître des situations créées ou des décisions prises dans d'autres États membres.

CONCLUSIONS DU CHAPITRE

Nous avons étudié la manière par laquelle des législations permissives délimitent le champ d'application de leurs dispositions concernant la gestation pour autrui et d'autres techniques de procréation médicalement assistée. Les efforts de délimitation conduisent en plusieurs occasions à une forme d'autolimitation de la législation du for. L'effet positif de cette autolimitation tient à ce qu'il contribue dans une certaine mesure à une coordination indirecte des ordres juridiques par la réduction de la survenance de

fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale…».

[359] JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Parenthood for Same-Sex Couples: Challenges of Private International Law from a Scandinavian Perspective », in J. Erauw, P. Volken and V. Tomljenovic (sous la dir. de), *Liber Memorialis Petar Šarčević Universalism, Tradition and the individual*, Munich, Selier European Law Publishers, 2006, pp. 75 et *seq*., spéc. p. 90, où elle argumente contre la limitation de la parenté commune des couples des lesbiennes ayant eu recours à une procréation médicalement assistée dans des affaires confinées en Suède. Selon l'auteur adopter des telles limites reviendrait à accepter que les développements en droit soient dictés par les États adoptant des positions plus restrictives.

situations boiteuses. Cette délimitation spatiale de l'accès à la procréation médicalement assistée est opportune notamment en matière de gestation pour autrui transfrontalière. Il convient toutefois d'observer qu'une telle autolimitation n'est choisie que par une minorité des pays. Et même lorsque celle-ci a lieu, elle n'exclue pas toujours le recours aux techniques d'assistance médicale pour les personnes venant d'ordres juridiques aux positions restrictives. D'ailleurs, il arrive aussi qu'un législateur qui autorise l'accès aux nouveaux processus d'assistance médicale à la procréation, assure un champ extraterritorial aux effets de la réglementation substantielle, s'agissant des techniques effectuées en dehors des frontières du pays. C'est le cas du législateur anglais qui prend en considération, dès la construction des certaines règles substantielles, l'internationalité de la situation. En outre, on constate une application systématique du droit du for non seulement au sein des pays de *common law* mais aussi au sein des pays de tradition romano-germanique. L'application du droit du for au Royaume-Uni permet au juge, dans les cas de la gestation pour autrui, de prendre en considération dans ses solutions la législation étrangère ayant un lien avec le rapport qui est en cause. Au soutien de l'application du droit du for est souvent invoqué le caractère innovant de la législation promulguée. Les approches décrites ne permettent pas de remédier à tous les problèmes susceptibles de surgir.

Cependant, il est constaté que la règle de conflit est, dans une large mesure, absente au moment de l'accès aux procédés et de la création du lien de filiation qui en résulte. À l'exception des Pays-Bas, la méthode conflictuelle n'intervient pas au moment de l'accès aux procédés ou de l'établissement du lien de filiation. La majorité des pays ayant une législation libérale ne conditionne pas l'accès à un procédé d'assistance médicale à la procréation à la règle de conflit. En outre, le rôle de la règle de conflit reste incertain et confus au sein des ordres juridiques où son intervention est théoriquement concevable, comme c'est le cas en Grèce. Cette observation peut être rapprochée à ce qui a été qualifié d'éclipse de la bilatéralité, constatée s'agissant de l'accès à d'autres institutions du droit familial. Dans un nombre de pays considérable l'accès à l'adoption, au partenariat civil des couples de personnes de même sexe, ou au mariage, est beaucoup plus aisé qu'on aurait pu le penser, même en présence d'un élément d'extranéité. Le rôle de la règle de conflit rétrécit et les éléments d'extranéité existants ne mettent pas en question l'application du droit du for. Le fait que l'accès aux institutions du droit de la famille soit étayé par la protection des droits de l'homme fait que la discontinuité des rapports de droit privé passe au second plan des considérations des États au moment où

ils définissent le champ d'application de leurs législations ou lorsqu'ils doivent décider des termes de l'intervention d'une règle de conflit. Le système du droit de l'Union européenne pousse également dans cette direction, en particulier pour les rapports privés noués entre personnes ayant un lien avec un ou plusieurs États membres. Ce recul de la règle de conflit, l'application systématique du droit du for, et l'influence des droits de l'Homme attestent la prépondérance de la réglementation substantielle dans les tentatives de coordination au moment de l'accès à l'assistance médicale à la procréation et de la création d'un lien de filiation.

Ces données prouvent, en conséquence, un changement des principes qui régissent les démarches de coordination assumées par le droit international privé au moment de l'accès à une institution du droit de la famille. La délimitation par le biais des règles de conflit ne constitue pas une pratique incontournable au moment de la création d'une institution du droit de la famille. L'examen des règles prenant en considération le déplacement transfrontalier à des fins procréatives démontre la pluralité des procédés dans la résolution des problèmes de droit international privé. Il atteste donc du pluralisme méthodologique existant en matière de droit international privé d'une part, et du fait que la règle de conflit bilatérale perd en pertinence d'autre part. En même temps, il fait ressortir la nécessité pour le spécialiste de droit international privé de ne pas limiter son regard au système des règles de conflit de lois mais de l'étendre à ces dispositions, en principe de droit matériel qui délimitent elles-mêmes le champ d'application de la solution. Ce pluralisme, souvent perçu comme une source de richesse du droit international privé, est aussi facteur de complexité. Cette complexité est liée à une difficulté de coordination entre les différentes méthodes utilisées pour la réglementation les relations privées internationales.

Les constats qui précèdent ne conduisent néanmoins pas à exclure tout rôle à la règle de conflit. Le besoin de sa prise en considération persiste même au moment de la création du lien de filiation. Cette affirmation peut paraître paradoxale, mais elle ne l'est pas. Nous reviendrons là-dessus ultérieurement[360], mais il suffit pour l'instant de dire que les intérêts propres aux personnes qui s'engagent dans une relation familiale ne sont pas figés au moment de la création de celle-ci, mais peuvent évoluer à un stade ultérieur de la vie familiale. Ainsi, tandis qu'au moment de la constitution du lien familial ces intérêts sont en principe concordants, ils peuvent, à une autre phase, devenir antagonistes. Au moment de la célébration d'un mariage, de l'adoption, de l'accès à la gestation pour

[360] Chapitre 3, section 1. B.1., p. 174 et *seq.*

autrui, les parties impliquées avancent dans leurs démarches tout en se mettant d'accord au moins quant à l'objectif poursuivi par l'institution en cause. En conséquence, ils font le plus souvent tout ce qu'il est possible pour atteindre le résultat juridique voulu, à savoir créer un lien de famille reconnu juridiquement. Toutefois, lorsqu'un désaccord intervient, celui-ci est de nature à ranimer le débat sur le droit applicable. Il est possible, dans de telles circonstances, que la question du droit applicable, n'ayant pas préoccupé le juge ou l'autorité au moment de la création du lien, fasse pour la première fois son apparition. L'existence des dispositions examinées ci-dessus et l'absence de la règle de conflit au stade de la création du rapport n'excluent pas l'intervention de cette dernière dans des contextes autres que celui de l'accès à une technique d'assistance médicale à la procréation et de l'enregistrement du lien de filiation. Les critères de délimitation et d'application du droit du for ne répondent pas à tous les problèmes de droit international privé pouvant surgir et imposent de réfléchir aux règles de conflit ou plus généralement aux mécanismes d'identification du droit applicable. Il est d'ailleurs nécessaire d'examiner si certains problèmes propres au droit international privé ainsi qu'aux techniques d'assistance médicale à la procréation se posant au stade de l'accès au processus peuvent être résolus par d'autres moyens que la règle de conflit de lois.

TITRE II

RÔLE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AU STADE DE L'ACCÈS

L'influence de l'internationalité sur les conditions d'accès aux processus d'assistance médicale à la procréation vient d'être appréciée. Et nous avons constaté que dans les ordres juridiques ouvrant l'accès à ces processus ce paramètre est, en principe, pris en considération dans les règles ayant pour objet la délimitation des règles substantielles relatives à l'assistance médicale à la procréation et à la filiation. Plus rarement des règles de conflit interviennent à ce stade. En revanche, nombreux sont les pays dans lesquels le caractère transfrontalier du processus d'assistance médicale à la procréation n'affecte pas la réglementation des conditions d'accès et la création des liens de filiation. En réalité l'application du droit du for au stade de l'accès aux procédés d'assistance médicale à la procréation est systématique aussi bien dans les pays de tradition de *common law* que dans les pays de tradition romano-germanique. De surcroît, la raison d'être des règles qui ont à ce stade un impact sur les rapports privés internationaux n'est pas liée à des considérations propres au droit international privé. Ces observations se combinent avec la constatation du recul, voire de l'absence, de la règle de conflit au moment de l'accès auxdits processus. Il reste à compléter nos interrogations sur le bien-fondé de cette approche ainsi que sur les possibilités et l'opportunité de sa reconsidération. Dans ce dessein, il a été jugé opportun d'examiner le rôle, à un niveau abstrait, des mécanismes du droit international privé et des considérations propres au droit international privé.

Ainsi, nous examinerons le bien-fondé de ces mécanismes à la lumière des objectifs traditionnellement assignés au droit international privé, tels qu'ils sont cristallisés dans des ordres juridiques adoptant des positions libérales et dans ceux qui adoptent des positions restrictives. Dans ce titre notre prisme a été élargi en incluant les ordres juridiques restrictifs. Ce choix s'explique par la nécessité d'apprécier le potentiel de coordination entre ordres juridiques adoptant des points de vue contradictoires. C'est parce qu'en pratique les problèmes de coordination concernent fréquemment des rapports entre des ordres juridiques permissifs et des ordres juridiques restrictifs. Ceux

qui permettent l'accès aux nouvelles institutions d'un côté ont l'initiative des tentatives de coordination. Les ordres juridiques restrictifs de l'autre côté possèdent aussi un système de droit international privé, composé par un arsenal de mécanismes qui visent à coordonner les rapports privés internationaux. Les ordres juridiques, qu'ils soient libéraux ou restrictifs, disposent d'un système des règles de conflit et d'autres mécanismes du droit international privé. Il convenait donc d'examiner l'articulation de ces systèmes indépendamment des positions qu'ils adoptent sur le plan substantiel.

Il ressort de cet examen que les règles de conflit mais aussi d'autres méthodes, telle que celle des lois de police, réservent un rôle dans la réflexion des problèmes soulevés par l'assistance médicale à la procréation. D'autres méthodes sont toutefois aussi possbles et nécessaires pour traiter la multiplicité et la complexité des problèmes soulevés par les différentes techniques d'assistance médicale à la procréation. Il s'agit de la coopération internationale des autorités, des règles matérielles internationales ou encore de l'harmonisation et de l'unification du droit substantiel. Nous pensons qu'une réglementation satisfaisante des relations internationales dans le domaine qui nous intéresse ne peut qu'être le résultat d'une combinaison des méthodes et d'outils différents.

Nous étudierons donc, dans un premier temps, le rôle et l'adaptabilité des règles de conflit et des méthodes principales du droit international privé à la lumière des objectifs des ordres juridiques nationaux et en particulier de ceux du droit international privé (Chapitre 3), et ensuite l'opportunité et la nécessité pratique de la reconsidération et de l'évolution des règles du droit international privé (Chapitre 4). Cette reconsidération sera l'occasion de présenter la place qui doit être réservée aux différentes méthodes de droit international privé et aux règles de droit substantiel.

CHAPITRE 3

ADAPTABILITÉ DES MÉTHODES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN MATIÈRE D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

L'étude de règles de délimitation de l'accès à l'assistance médicale à la procréation dans les ordres juridiques permissifs n'épuise pas la problématique relative au rôle du droit international privé dans les relations qui se nouent à la suite de cet accès. La réflexion sur ce rôle sera prolongée ci-après en examinant les différentes méthodes visant à la réglementation des rapports privés internationaux vis-à-vis aux objectifs généraux du droit international privé. Il est difficile, lorsque l'on se livre à l'examen des objectifs ou des considérations que l'on estime importants pour le droit international privé, de les hiérarchiser abstraitement parce que ces objectifs entrent parfois en contradiction. La portée de chaque objectif ou considération et son rapport avec les autres ne peuvent être déterminés que lorsqu'ils sont observés dans un cadre précis. Par cadre précis, il faut entendre le domaine du droit dans lequel la réglementation de droit international privé intervient et le contexte temporel de cette intervention.

Aussi bien en matière d'assistance médicale à la procréation nous constatons que la portée de chaque objectif se cristallise à la lumière de la politique qu'un ordre juridique adopte –restrictive ou libérale–[361]. En fonction de la position adoptée sur le plan du droit substantiel, la permanence du statut personnel par exemple prévaudra ou non sur l'importance de la protection de l'autorité d'une loi restrictive. En dépit toutefois de ces divergences quant à la portée de chaque objectif, les ordres juridiques libéraux ou restrictifs doivent toujours faire une place dans leur réglementation des relations internationales à deux objectifs. Ceux-ci, qui sont la meilleure localisation du rapport de droit et la sécurité juridique dans les relations internationales, permettent d'évaluer plus globalement le système de solutions du droit international privé. La recherche de la loi ayant les liens les plus étroits avec le rapport de droit anime, ou doit animer, la création

[361] Pour ce chapitre nous tenons à remercier Mademoiselle Vassiliki KOUMPLI, collaboratrice scientifique à l'Institut Hellénique de Droit Etranger et International, et Mademoiselle Maria MANIADAKI, avocate au barreau de La Canée pour leur apport à la recherche des données jurisprudentielles et les discussions que nous avons eues sur les questions de droit international privé.

de règles de conflit. Cette recherche revêt un rôle qui n'est pas limité à la mise en œuvre des règles de conflit mais qui influence d'autres aspects du système de droit international privé. C'est pourquoi la constatation de l'affaiblissement du rôle des règles de conflit lors de l'accès à l'assistance médicale à la procréation ne doit pas nous dispenser d'une réflexion relative à la localisation des rapports de droit qui nous intéressent en l'espèce.

Par ailleurs, la poursuite des objectifs que chaque ordre juridique se fixe peut aussi être menée au moyen des règles de conflit, des lois de police, des règles matérielles internationales. La portée de la règle de conflit au stade de l'accès à l'assistance médicale à la procréation est certes réduite mais cette observation ne suffit pas pour se prononcer sur le bien-fondé de la règle de conflit et plus généralement sur son rôle. Il faut à cet égard observer que l'examen du système de droit international privé de la grande majorité des pays européens révèle que la méthode adoptée en droit positif en matière de filiation est celle des règles de conflit. Toutefois, en examinant l'adaptabilité des règles de conflit en matière de filiation en vigueur en France et en Grèce, on constate que celles-ci font abstraction d'éléments qui sont importants pour se prononcer sur une localisation satisfaisante des rapports privés nés à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Leur intervention ne satisfait pas non plus la poursuite de la sécurité juridique et les autres objectifs que les ordres juridiques poursuivent. Les mêmes observations quant au caractère peu satisfaisant du fonctionnement peuvent également être faites des lois de police.

Notre analyse commencera par la mise en lumière des objectifs du droit international privé et de la manière dont ils se cristallisent dans un ordre juridique en fonction de la position –libérale ou restrictive– que ce dernier adopte en matière d'assistance médicale à la procréation, (1ère section) et sera poursuivi par les développements portant sur l'adaptabilité des différentes méthodes du droit international privé et du système des règles de conflit en vigueur quant à la poursuite des objectifs présentés (2ème section).

SECTION 1

OBJECTIFS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ À LA LUMIÈRE DE L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

On assigne traditionnellement un certain nombre d'objectifs au droit international privé (§ 1). Ces différents objectifs entrent parfois en contradiction entre eux et l'importance de chacun varie souvent en fonction de la position et de la philosophie qu'un ordre juridique adopte dans un domaine donné. Le constat qu'aussi en l'espèce une pondération différente de ces objectifs résulte de la position restrictive ou libérale qu'un ordre juridique adopte en matière d'assistance médicale à la procréation et des liens de filiations qui résultent, nous a amené de parler de matérialisation des objectifs du droit international privé (§ 2).

§ 1. Objectifs propres au droit international privé

En droit international privé certains objectifs sont invoqués de manière constante à l'appui des solutions prononcées. Certains font l'unanimité au sein d'un nombre considérable d'ordres juridiques (A). Le droit international privé procure un arsenal de méthodes riche visant à leur satisfaction. Cependant, l'examen de ces différentes méthodes disponibles démontre des inconvénients (B). Les règles de conflit, les lois de police et les règles matérielles spécialement conçues pour les relations internationales ont une place dans la poursuite des différents objectifs. La place qu'occupe en droit positif la méthode de la règle de conflit se révèle de plus en plus réduite mais sa consultation reste nécessaire. Les lois de police sont invoquées à l'appui des différentes solutions mais des problèmes persistent dans les conditions de leur intervention. Enfin, les règles matérielles internationales peuvent être particulièrement utiles en présence des situations où la prévisibilité est d'importance.

A. OBJECTIFS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Lorsque l'on parle des objectifs de droit international privé l'idée d'une justice propre au droit international privé vient à l'esprit. Toutefois, concevoir une justice propre au droit international privé, distincte des conceptions de justice matérielle reçues dans un ordre juridique donné, peut sembler paradoxal. On penserait plus naturellement à la justice comme un ensemble unique de considérations, résistant à ce type de subdivision. La référence à une justice propre au droit international privé n'est toutefois pas dénuée d'importance.

La justice ou l'idéal d'une justice de droit international privé se trouve dans la relation d'antagonisme existant entre justice au sens large au sein d'un système de droit donné et celle du droit international privé. L'antagonisme résulte de ce que la justice de droit international privé doit établir un système de mécanismes et de considérations permettant au législateur, au juge et aux citoyens de mettre en question et dépasser la vision de la justice telle qu'elle est perçue dans un espace territorialement confiné. Le droit international privé doit, idéalement, par ces mécanismes permettre de prendre conscience de la relativité de la justice étatique pour tenir compte des conceptions de justice différentes de celles du législateur national. Toutefois, la justice qu'exprime un ordre juridique par le truchement de ses agents se manifeste par un ensemble unique des règles et des décisions. L'influence de la justice dite du droit international privé se ressent dans ce système de justice et des réponses. Par conséquent, si l'on parle des objectifs de la justice du droit international privé c'est comme si l'on postulait que ceux-ci sont antinomiques à ceux de la justice telle qu'elle est perçue dans un système de droit donné. C'est pourquoi il nous paraît opportun de parler des considérations propres au droit international privé au lieu d'objectifs. Cependant, ces deux termes seront utilisés de manière interchangeable pour les besoins de cette étude. Ces considérations, doivent caractériser et influencer la réglementation des relations privées internationales. Mettre en lumière et intégrer ces considérations dans la résolution des problèmes de droit international privé permet d'approcher l'idéal d'une justice de droit international privé.

Ceci dit, il convient de noter que l'importance de certains objectifs varie en fonction de la position adoptée sur le plan du droit substantiel (1) tandis que d'autres sont ou doivent être communs aux ordres juridiques indépendamment de la position adoptée (2).

1. Le risque de contradiction entre les objectifs généraux de droit international privé

L'*harmonie internationale des solutions* a été avancée comme l'objectif général du droit international privé[362]. Cependant, BATIFFOL a, à juste titre, reproché l'indétermination excessive d'un tel objectif en notant qu'il : « *semble … difficile de le constituer tel quel en objectif exclusif du droit international privé et ce pour deux raisons. La première est que les défauts de coordination relevés tiennent à l'existence de systèmes autonomes dont la spécificité résiste à la coordination ; si la coordination est désirable, elle ne saurait être obtenue par la suppression de cette spécificité parce que celle-ci est la donnée première du problème : avec un droit universel uniforme, il n'y aurait plus de problème* »[363]. De manière générale on assigne aussi au droit international privé la mission de la coordination des rapports privés internationaux ou encore celle de la promotion des relations privées internationales. La promotion des relations internationales est censée être servie par la prévisibilité des solutions qui peut donc également être perçu comme un des objectifs. La spécification des objectifs en matière du statut personnel amène à mettre en avant le besoin de continuité des solutions dans les rapports privés internationaux[364] et la nécessité d'empêcher la création des rapports boiteux. Il n'en reste moins que des considérations de nature substantielle incitent parfois à ne pas empêcher la création d'un statut potentiellement boiteux, comme lorsqu'on affirme que : « *mieux vaut un mariage boiteux que pas de pas de mariage du tout* »[365].

Il ressort donc des solutions jurisprudentielles du droit international privé que certains des objectifs constamment invoqués par la doctrine ou la jurisprudence au soutien des solutions avancées entrent parfois en contradiction les uns avec les autres. Ainsi, dans la résolution des problèmes liés à la polygamie, les solutions dictées par la permanence du statut personnel peuvent entrer en contradiction avec les exigences de protection des droits de l'homme, et en particulier celles qu'impose l'égalité entre homme et femme. De même, dans les affaires relatives aux filiations issues d'une assistance médicale à la procréation, l'objectif de continuité des rapports privés peut être interprété

362 RABEL Ernst, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, vol. I, University of Michigan Law School, Anne Arbor, 1958, pp. 94-95 ; BATIFFOL Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, réédité en 2002 avec une présentation de Y. Lequette, p. 213, n° 96.
363 BATIFFOL Henri, *Aspects philosophiques*…, *op.cit.*, *supra*, p. 213, n° 96.
364 NIBOYET Marie-Laure, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, 4e, 2013, p. 19, n° 6.
365 FADLALLAH Ibrahim, *La famille légitime en droit international privé (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage*), préf. Henri Batiffol, Dalloz, Paris, 1977, p. 28, n° 27.

comme dictant certaines solutions, comme la reconnaissance automatique des liens de filiations ce qui risque toutefois de porter atteinte à l'impérativité du droit du for, si l'on se place du point de vue d'un ordre juridique restrictif[366]. Ainsi, pour bien évaluer la portée de l'objectif de la continuité des rapports personnels, il faut mesurer le degré d'impérativité des politiques du droit substantiel qui pourrait le contrarier. Affirmer à l'abstrait l'importance de la continuité du statut personnel n'est pas de grand secours, si on ne prend pas en considération ces éléments du droit substantiel du juge requis qui peuvent contredire cet objectif. La contradiction est dans une certaine mesure due à la divergence existante entre les droits substantiels des pays impliqués.

Enfin, l'un des moyens au service du droit international privé pour atteindre la coordination et l'harmonie internationale des solutions consiste à faire réglementer les rapports de droit privé par le droit ayant les liens le plus étroits possible avec eux. Et la recherche de la loi ayant les liens le plus étroits avec une relation de droit privé et la volonté d'assurer une place importante aux solutions d'un ordre juridique ayant des liens étroits avec une situation font partie des considérations du droit international privé. Cette considération de proximité est servie par la règle de conflit. Elle anime également la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international, soit en facilitant son déclenchement en présence des liens étroits avec l'ordre du for, soit en l'écartant lorsqu'une situation ou un jugement présente des liens très forts avec un ordre juridique étranger.

Cependant, la règle de conflit n'a pas exclusivement une fonction localisatrice. Il arrive qu'elle soit animée par des finalités de nature purement substantielle. Ainsi, dans certains cas, son objectif peut être d'assurer au droit privé du pays un rayonnement qui dépasse une application territoriale. Le rayonnement d'une solution du droit privé peut d'ailleurs être assuré par d'autres moyens, tels que les lois de police voire les règles matérielles spécialement conçues pour les relations internationales.

---

366 V. en ce sens GUILLAUMÉ Johanna, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, préf. Clothilde Grare-Didier, L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2011, p. 488, n° 1152. On pourrait penser que, dans l'exemple donné, il ne s'agit pas véritablement d'une contradiction entre des objectifs du droit international privé, mais plutôt d'un risque inhérent aux objectifs de neutralité et de relativisme du droit international privé tel que conçu par Savigny. Nous pensons qu'une telle réflexion n'est pas exacte, dans la mesure où, dans la conceptualisation effectuée par Savigny, la règle de conflit est censée intervenir entre des États partageant une communauté de droit. Par conséquent, le risque, dans ce système théorique, que la continuité d'un rapport personnel soit mise en question en raison de la conception d'ordre public ou de l'impérativité de la loi substantielle du for est moindre. Mais en droit positif contemporain, la règle de conflit fonctionne bel et bien entre des États qui, en réalité, ne partagent pas une telle communauté de valeurs ; celle-ci reste, dans une large mesure, un idéal. Et malgré cette observation, on envisage comme objectifs du droit international privé aussi bien la permanence du statut personnel que la protection de l'impérativité de la loi du for.

Il ressort de cet exposé que le simple appel aux différents objectifs traditionnels du droit international privé a une portée relative. Il importe donc d'appréhender ces objectifs dans leur contexte et d'examiner comment ils se sont cristallisés dans les différentes règles en vigueur. Il n'en reste moins que la prise en considération de certains de ces objectifs dans la résolution des problèmes de droit international privé est nécessaire, indépendamment du point de vue qu'un ordre juridique adopte sur le plan du droit substantiel.

2. Objectifs et considérations de droit international privé communes aux ordres juridiques

Le problème de la fixation d'un nombre précis d'objectifs ou de considérations de droit international privé communs aux différents ordres juridiques commence par la difficulté de déterminer les relations qui en constituent l'objet et qui rendent finalement indispensable l'intervention de la réglementation du droit international privé. Ainsi, la nationalité étrangère qui, dans certains ordres juridiques, est considérée comme un élément d'extranéité rendant indispensable un raisonnement en termes de droit international privé, passe, dans d'autres, complètement inaperçue. Les autorités de ces derniers soumettent automatiquement les citoyens étrangers à l'application du droit du for.

En dehors de cette observation, il peut être relevé que de nombreux pays ont fait le choix de règlementer au moyen de règles de conflit des situations qui ne sont pas cristallisées, et notamment des relations privées qui n'ont pas fait l'objet d'une décision. En regardant la philosophie qui anime la création de cette méthode on trouve une considération déjà envisagée. Selon un directive générale devant guider la création et le fonctionnement de la règle de conflit, cette dernière doit désigner comme applicable la loi ayant les liens les plus étroits avec le rapport de droit. Selon une autre optique, « *L'État du for, auteur de la règle de conflit, s'inspire de son propre intérêt de régulation quant à la loi applicable aux situations internationales*»[367]. Selon cette dernière vision, la bilatéralisation ne constitue

[367] BUCHER Andreas, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, t. 341, 2009, p. 170, n° 98. Selon M. BUCHER « *qu'elle soit unilatérale ou bilatérale, la règle de conflit délimite le domaine d'application dans l'espace de la loi du for* », spéc. p. 171, n° 100. V. aussi les observations qui suivent par rapport à la création des règles de conflit bilatérales, p. 171 *et seq.*

donc qu' «*une projection de la politique législative d'un ordre juridique (l'ordre juridique désignant) sur un autre ordre juridique (l'ordre juridique désigné), pour les besoins du premier*»[368].

Malgré ce dernier point de vue différent quant au rôle et la fonction de la règle de conflit, et indépendamment de la qualification que l'on peut réserver à cette directive, la recherche de la loi ayant des liens étroits est une considération qui doit influencer les solutions de droit international privé. Cette considération invite, d'un côté, dans le cadre de l'appréciation d'une règle de conflit, à examiner si la règle de conflit est de nature à déterminer l'ordre juridique aux liens les plus étroits. Pour ce faire, il faut tenir compte des parties impliquées, de leur place et de leur rôle dans le rapport privé en cause et du lien qu'elles entretiennent avec un ou plusieurs pays étrangers. Se pencher sur les personnes impliquées dans un processus donné est important parce que chaque personne peut en fonction des liens qu'elle entretient avec un ou plusieurs ordres juridiques se considérer comme destinataire des règles qu'un autre ordre juridique édicte. Son lien donc avec cet ordre juridique[369] fait naître une confiance légitime auprès de la personne envers le système de solutions que cet État adopte et qui lui sera applicable. L'identification alors des liens qu'un rapport entretient avec un ou plusieurs ordres juridiques est déterminante car elle permet d'appréhender les attentes légitimes des parties à travers cette idée que la solution que les parties trouvent prévisible est celle que pratique l'ordre juridique ayant les liens les plus étroits avec la situation. Si ces liens sont pris en considération, les personnes privées sont en mesure de mieux évaluer les conséquences juridiques potentielles de leur engagement dans une relation à caractère international.

D'un autre côté, en dehors du cadre d'appréciation des règles de conflit, la recherche des liens intenses qu'un rapport de droit peut entretenir avec un ou plusieurs ordres juridiques est un exercice qui invite à repenser des convictions parfois présentées comme immuables. La nécessité est évidente parce que, comme on l'a déjà noté, la réflexion relative à la proximité n'influence pas seulement le fonctionnement des règles

---

[368] FRANCQ Stéphanie, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles, 2005, p. 462.

[369] Parfois une personne peut entretenir des liens étroits avec plus d'un ordre juridique et se trouver en conséquence dans une situation où chacun de ces ordres juridiques, au regard des règles de son droit international privé, considère que sa propre loi matérielle est applicable à cette personne. Il se peut alors dans une telle circonstance que la personne consciente de sa situation obéisse aux règles de ces deux ordres juridiques pour ne pas compromettre la validité de la situation qui l'intéresse. Un tel exemple peut être puisé en Grèce avant l'introduction en 1982 du mariage civil en tant que forme de mariage équivalente au mariage religieux. Des Grecs ayant leur résidence habituelle à l'étranger et qui étaient mariés par un mariage civil dans ce pays procédaient également à un mariage religieux afin que la validité de leur union fût à l'abri de la contestation.

de conflit mais aussi le mode d'intervention de l'ordre public international[370]. Par conséquent, malgré l'affaiblissement du rôle de la règle de conflit censé être la manifestation principale d'un tel raisonnement de proximité, le raisonnement en soi conserve une partie de sa valeur. Ceci dit, la persistance de la règle de conflit comme méthode de réglementation des rapports internationaux n'est pas la condition *sine qua non* de l'utilité persistante d'une réflexion relative à la proximité. Et il convient de noter que ce raisonnement en termes de proximité peut être guidé ou aidé par les éléments de rattachement des règles de conflit en vigueur. Les éléments de rattachement, en tant que composante des règles de conflit choisies par un ordre juridique donné, contribuent à cette réflexion relative à la recherche des liens qu'un rapport de droit entretient avec un ordre juridique.

En plus de la considération relative à la meilleure localisation, la sécurité juridique est une autre considération commune aux ordres juridiques indépendamment du point de vue adopté sur le plan du droit substantiel. Celle-ci a des liens avec la prévisibilité de droit[371] et et elle est décrite en ces termes par le Professeur Gian Paolo ROMANO : « *Poursuivre la sécurité juridique signifie, pour un ordre juridique, assurer aux membres de la société dont il a la charge la connaissance préjudiciaire, antérieure à toute judiciarisation, de la teneur des droits et obligations découlant des relations qu'ils nouent* »[372].

L'objectif de la sécurité juridique et la recherche des liens qu'un rapport de droit entretient avec un ou plusieurs ordres juridiques doivent être une constante dans la recherche des solutions du droit international privé indépendamment des positions d'un ordre juridique dans un domaine déterminé. Précisons d'emblée qu'indépendamment de la position que nous adoptons sur le bien-fondé de certains processus d'assistance médicale à la procréation, nous pensons que la sécurité juridique a une importance pour tout ordre juridique. Ainsi, un ordre juridique restrictif doit pour assurer la sécurité juridique et promouvoir la politique qu'il considère opportune porter le degré d'intelligibilité de ses règles au degré le plus élevé possible. Les interdictions prescrites doivent ainsi ressortir de la manière la plus claire de la lettre des dispositions édictées.

---

370 V. sur cette influence v. aussi JOUBERT Natalie, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, préf. de Paul Lagarde, LexisNexis/Litec, Paris, 2007.

371 WENGLER Wilhelm, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990, pp. 657-674, spéc. p. 660 : l'auteur parle du besoin de prévisibilité du droit en matière des contrats internationaux. Il observe toutefois de manière plus générale que : « *En vertu du principe général de politique législative, valable pour tout le domaine du droit et en particulier pour le droit international privé, les sujets de droit, avant de se livrer à des actes ou des omissions susceptibles de leur valoir par la suite des sanctions juridiques en raison d'une sentence judiciaire, devraient avoir la plus grande certitude sur le droit que le juge va leur appliquer par la suite* », p. 668. Il n'existe aucune raison de penser que ce principe se limite à la matière contractuelle.

372 ROMANO Gian-Paolo, « Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts *Gasser* et *Owusu* », *Cahiers de droit européen* 2008, pp. 175-210, spéc. p. 181.

Pour qu'une réglementation des rapports privés internationaux revête les traits que l'on vient de présenter, le droit international privé dispose d'un nombre des méthodes qui se révèlent plus ou moins adaptés.

B. LES MÉTHODES AU SERVICE DES OBJECTIFS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Selon les valeurs que porte l'Etat qui élabore une règle de droit international privé, le choix de telle ou telle méthode se révélera le plus approprié. Si cet Etat est plutôt libéral, il pourra laisser quiconque obtenir le bénéfice de sa législation. S'il poursuit un objectif restrictif –interdire à ces citoyens l'accès à une gestation pour autrui à l'étranger–, il pourra opter pour la technique des lois de police. S'il souhaite une solution précise dans la sphère internationale, il pourra porter son choix sur des règles matérielles spécialement conçues pour les situations internationales. L'examen de la règle de conflit en matière de filiation indique qu'elle conserve un rôle dans un contexte contentieux même si son intervention sera de plus en plus rare. Cette particularité, combinée à la persistance des règles de conflit dans le droit international privé de plusieurs pays européens, fait que la règle de conflit doit faire partie des règles consultées pour tout citoyen qui s'engage dans des rapports privés internationaux. Ensuite, les lois de police peuvent souvent paraître particulièrement adaptées pour assurer la sécurité juridique. Toutefois, leur efficacité dépend de l'intelligibilité de leur champ d'application, caractéristique qui ne doit pas toujours être considéré comme acquis. Dans la grande majorité des cas, elles ne pourront pas apporter de réponse aux multiples questions et problèmes qui apparaissent à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Enfin, les règles matérielles internationales peuvent être particulièrement aptes à résoudre des problèmes en présence de situations où la prévisibilité est cruciale surtout lorsque la difficulté de ces problèmes est lié au caractère international de la question.

L'apport des règles et des mécanismes est examiné aussi bien au moment de l'accès aux nouvelles institutions qu'au moment de la circulation du lien de filiation créé. L'analyse commencera par la règle de conflit (1) pour venir par la suite au rôle des lois de police (2) et des règles matérielles (3).

1. Le rôle de la règle de conflit

La présence persistante de la règle de conflit en matière de filiation dans l'arsenal juridique d'un nombre considérable de pays indique qu'elle garde un rôle spécifique dans la réglementation des rapports privés internationaux, même si, en pratique, ce rôle est en fin de compte quelque peu réduit. Ces pays font partie aussi bien des ceux qui autorisent les nouveaux processus et reconnaissent les liens de filiation que de ceux qui les prohibent. Examiner l'aptitude de la règle de conflit à rendre possible la réalisation de certains objectifs nécessite de se prononcer sur sa place et sur la nécessité de son intervention. Affirmer une telle nécessité dépend entre autres de la possibilité d'identifier une règle de conflit satisfaisant les considérations propres au droit international privé tout en étant adaptée aux problèmes pratiques posés par l'assistance médicale à la procréation. Pour comprendre la place de la règle de conflit il faut aussi tenter de clarifier les conditions de son intervention. Rappelons à cet égard que son application est obligatoire aussi bien en France[373] qu'en Grèce[374] en matière de statut personnel. Cette affirmation n'est toutefois pas de grand secours aussi longtemps que l'on n'a pas déterminé les destinataires de la règle de conflit et les circonstances dans lesquelles elle doit impérativement être appliquée.

Malgré l'affirmation de la positivité de la règle de conflit en tant que mécanisme, son application au moment précis de la création du lien de filiation au sein d'un ordre juridique permissif est, comme nous l'avons constaté[375], limité voire inexistant. Comme nous l'observerons ultérieurement, la règle de conflit en matière de filiation n'est pas appliquée au moment de l'établissement d'un acte d'état civil en France ou en Grèce, parce qu'un tel acte ne fait qu'acter un « *événement ... intéressant l'état des personnes* »[376]. En

---

373 MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 11ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2014, p. 122, nº 151.

374 VASSILAKAKIS Evangelos, KOURTIS Vasilios, « Greece », in ESPLUGUES MOTA Carlos, IGLESIAS BUHIGUES Jose Luis, PALAO MORENO Guillermo (sous la dir. de), *Application of Foreign Law*, Sellier, Munich, 2011, pp. 201, 203 ; ROKAS A. Konstantinos, « Grèce », in Swiss Institute of Comparative Law, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, Part I Legal Analysis, Lausanne, 2011, p. 209 et seq. v. toutefois les observations pertinentes de M. PANOPOULOS qui souligne le fait que les juges grecs n'hésitent pas à écarter facilement les règles de conflit même en matière de statut personnel pour appliquer directement le droit grec : PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec : les principes de l'égalité et de l'intérêt de l'enfant », version élaborée de la présentation faite au colloque « Droit de la famille et des successions en Grèce et au Liban » au Conseil juridique de l'État à Athènes, le 27 avr. 2015 (à paraître), nos 32-33.

375 V. chapitre 2, pp. 124-127.

376 FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 1-42, spéc. pp. 13, 15 ; dans la note établie par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de*

outre, nous avons suggéré qu'il n'est pas judicieux de préconiser l'adoption à ce stade des règles de conflit restrictives. D'ailleurs, que la France et un nombre considérable des pays aient retiré de la liste des conditions de réception des jugements étrangers le contrôle de la loi appliquée par le tribunal d'origine conduit à relativiser encore plus la portée de la règle de conflit[377]. À la suite de cette évolution, il est désormais possible de faire reconnaître une situation consacrée dans un jugement n'ayant pas appliqué le même droit que celui qu'appliquerait l'ordre juridique de réception. L'affaiblissement du rôle joué par la règle de conflit résulte aussi de l'immixtion de plus en plus forte des considérations du droit substantiel dans la résolution des conflits de lois.

La règle de conflit conserve néanmoins un champ d'application. Son application reste toujours obligatoire pour un nombre d'instances judiciaires et de procédures. Le recours d'une personne devant une juridiction afin de créer un rapport de droit n'exclut pas l'intervention de la règle de conflit à un moment ultérieur. Les règles de conflit influencent ainsi un rapport juridique parce qu'elles sont susceptibles d'intervenir au moment de la survenance d'un contentieux après la création de la filiation[378]. La règle de conflit en matière de filiation doit plus précisément être consultée et appliquée dans le cadre d'une action visant à la reconnaissance d'un lien de filiation, d'une action en contestation du lien de filiation, et chaque fois que la question de la filiation se pose de manière incidente dans un contentieux relatif aux effets du lien de la filiation[379]. En

---

substitution à caractère international, doc. prél. nº 11 de mars 2011 à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, on affirme que : « *Lorsqu'ils enregistrent une naissance, aux fins d'établir la filiation juridique de l'enfant concerné, les États appliquent généralement leurs propres règles en matière de conflits de lois (loi applicable), ce qui, pour le moins dans les États de common law, a souvent donné lieu à l'application de la lex fori.* », p. 14, nº 16. dans :
<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf> dernière visite le 12.10.2016. D'ailleurs, notre recherche incite à penser que les ordres juridiques grec et français, au moment de l'enregistrement d'une naissance appliquent aussi la *lex fori* sans passer par l'intermédiaire des règles de conflit relatives à la filiation. V. nos développements dans le chapitre 5, section 1, §1.b et §2.B.

[377] BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé, tome I, partie générale*, 3ème éd., Thémis droit/PUF, Paris, 2014, p. 605 et *seq.* : « *Les traits de la méthode conflictuelle classique, représentée comme un procédé de règlement abstrait, syncrétique et indirect, se sont progressivement altérés. La règle de conflit bilatérale sur laquelle elle repose a perdu progressivement au cours de la seconde moitié du XXe siècle la certitude, la neutralité, l'impérativité et l'innocence qui la caractérisaient jusqu'alors. Ainsi, dans certains cas, la valeur même du rattachement susceptible d'être proposé s'est vu affecter d'une certaine relativité, qui s'exprime en contemplation de son contenu ou des correctifs susceptibles d'en accompagner la mise en œuvre. En d'autres hypothèses, la règle de conflit a été investie de la réalisation d'objectifs matériels dans une mesure l'éloignant assez sensiblement de ses fonctions originaires. Dans le prolongement de ces deux objectifs dont il est parfois même le vecteur, le développement du rôle de la volonté participe évidemment d'un même mouvement, encore rehaussé par l'extension croissante de son domaine. Enfin, plus récemment, les finalités économiques du marché intérieur pourraient aller jusqu'à commander désormais que le champ transfrontière des lois respecte le principe d'origine, au risque d'entraîner par là même une certaine instrumentalisation de la règle de conflit* ». Pour les méthodes concurrentes au mécanisme de la règle de conflit v. les mêmes auteurs, pp. 633 et *seq.*

[378] V. en ce sens une application des règles de conflit dans l'affaire *Campanelli et Paradiso* du 27 janvier 2015, § 72.

[379] V. toutefois aussi nos observations dans les chapitres 7 et 8 indiquant qu'aussi dans ce contexte la portée de la règle de conflit est de plus en plus réduite.

dehors de ces cas d'application qui se situent après la naissance et la création du lien de filiation, les règles de conflit en matière de filiation retiennent également une partie de leur intérêt pour le moment de l'accès à l'assistance médicale à la procréation et de la création concomitante du lien de filiation. Son rôle à ce stade reste modeste.

Cette assertion est en contradiction avec une doctrine autorisée qui soutient que la règle de conflit est principalement destinée au juge[380]. Toutefois, une telle affirmation ne peut pas être totalement acceptée. Le fait que la règle de conflit soit susceptible d'intervenir à un stade ultérieur et influencer le sort d'une filiation fait qu'une personne qui relève ou qui peut relever des plusieurs juridictions doit consulter la règle de conflit chaque fois qu'elle s'engage dans une activité à dimension internationale. Il ne s'agit pas seulement de la règle de conflit du pays dans lequel la personne a accès par exemple à une technique d'assistance médicale à la procréation. Il s'agit des règles de conflit des pays, dont la mise en œuvre peut survenir à un stade ultérieur. D'ailleurs, la nécessité de consulter et d'évaluer la règle de conflit découle aussi d'un autre aspect de son fonctionnement. Malgré le recul de son utilisation[381], notamment sur le plan de la reconnaissance des décisions dans des pays comme la France ou l'Espagne[382], l'évaluation de l'intensité du lien qu'un rapport de droit privé peut entretenir avec un ordre juridique étranger constitue l'un des critères sous-jacents mais nécessaires à la mise en œuvre du mécanisme de l'ordre public. La force d'intervention de l'ordre public dépend non seulement du lien que le rapport juridique présente avec l'ordre juridique du juge requis, mais aussi de l'étroitesse de ce lien avec l'ordre juridique étranger. En outre, les liens d'intensité d'une situation avec un pays jouent un rôle dans la détermination des lois d'application immédiate notamment lorsque leur champ d'application paraît incertain. La règle de conflit par le choix de certains éléments de rattachement constitue une cristallisation dans l'ordre juridique qui l'édicte de ces points de contact qui peuvent être indicatifs d'un lien significatif avec un ou plusieurs pays.

Cela étant, un citoyen qui envisage d'avoir recours à une technique d'assistance médicale à la procréation devrait se demander quel droit pourrait lui être appliqué à un moment autre que celui de l'accès à cette technique. Par exemple, un citoyen Français qui

---

380 MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 11ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2014, p. 73, nº 81, p. 118, nº 147.

381 V. BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé, partie générale, t. I,* 3ème éd., Thémis droit/PUF, Paris, 2014, p. 603, nº 517 : « *En Europe continentale, la méthode savignienne tend aujourd'hui à perdre la préséance qu'elle avait acquise au cours du XXe siècle, au point d'entraîner même quelques changements de perspective* ».

382 QUIÑONEZ ESCÁMEZ Ana, « Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé », *RIDC* 1-2012, pp. 57-91, spéc. p. 87.

a recours à une gestation pour autrui devrait, au moins par précaution, consulter ce que les règles de conflit françaises en matière de filiation prévoient à ce sujet. Même si ces règles de conflit ne seront finalement pas appliquées, elles constituent l'un des seuls moyens lui permettant de prévoir les règles qui, dans un contentieux éventuel, seraient applicables à la filiation de l'enfant qui aurait ainsi conçu. Leur consultation révèle les titres que différentes législations ont pour régir les relations en cause.

Et même si une extension de l'application de la règle de conflit n'est pas sérieusement envisagée dans un autre contexte, par exemple celui du recours à une technique d'assistance médicale à la procréation, il s'impose de s'interroger au moins sur son adaptabilité aux objectifs qu'un ordre juridique prend en charge. De même, il est indispensable de s'intéresser au rôle de lois d'application immédiate.

2. Le rôle des lois de police

Les lois de police, règles d'application immédiate ou lois d'application nécessaire constituent une autre facette du mécanisme de l'ordre public. L'identification de lois de police, réalisée fréquemment par la voie judiciaire, sert un objectif dont l'importance est considérée cruciale pour l'ordre juridique du juge requis. La méthode paraît particulièrement appropriée lorsqu'un ordre juridique adopte une position restrictive. Son intervention semble aussi souhaitable lorsqu'un pays veut assurer un rayonnement à une politique législative au-delà des limites de ses frontières. Les lois de police peuvent d'ailleurs contribuer à la sécurité juridique dans les relations privées internationales dans la mesure où elles apportent des solutions précises aux problèmes qui sont posés. Toutefois, l'éventail de questions susceptibles de surgir d'une assistance médicale à la procréation est assez large. Pour traiter ces problèmes, il ne suffit pas de considérer qu'une règle précise soit une loi de police mais il faudra avoir recours à un ensemble de règles. Dans le domaine d'intervention des lois de police il faudra pour assurer la sécurité juridique et la prévisibilité que leur champ d'application soit clair et prévisible. Enfin, parfois le paramètre d'internationalité d'une situation créée suite à l'accès à l'assistance médicale à la procréation constitue à elle seule une donnée du problème qui appelle une solution. Ainsi, une règle conçue pour donner réponse à un problème confiné dans un seul ordre juridique ne pourra pas apporter une solution appropriée à un problème dont l'internationalité contribue à la complexité de sa résolution même si elle est élevée au

rang d'une loi de police. Des solutions à des problèmes de ce type sont parfois apportées par des règles matérielles internationales.

3. Le rôle des règles matérielles internationales

Les règles matérielles internationales sont des dispositions dont la particularité est d'intégrer l'internationalité dans la majeure de leur syllogisme. Dès lors, la teneur de la règle matérielle internationale est souvent plus apte à résoudre certaines questions qu'une règle dite interne, parce que cette dernière est le plus souvent confectionnée en contemplation d'une situation confinée au sein d'un seul ordre juridique. En plus, les règles matérielles internationales interviennent lorsque la considération de la prévisibilité des solutions est cruciale pour la réglementation des rapports privés. L'appel à cette méthode se justifie également par l'importance qu'une réglementation dans un domaine précis revêt pour un ordre juridique. Elle paraît particulièrement adaptée lorsque l'internationalité des rapports privés réglementés par cette méthode est la règle et non une situation d'exception. La méthode est utilisée fréquemment dans le domaine du commerce international[383]. Le recours à celle-ci est particulièrement opportun chaque fois qu'un consensus peut être atteint entre pays concernés par les rapports de droit créés. L'apport positif des règles matérielles internationales peut être considérable grâce à l'intelligibilité des solutions qu'elles introduisent. Dans leur domaine, la tentative de localisation du rapport présente une importance moins significative notamment lorsque ces règles trouvent leur source dans une convention internationale.

Ces méthodes, celle de la règle de conflit, celle des lois de police et celle des règles matérielles internationales constituent les moyens dont dispose le législateur pour traiter les problèmes et les particularités de situations qui relèvent du droit international privé. Il arrive que ces objectifs soient affectés considérablement par des finalités propres aux matières dans lesquelles l'intervention du droit international privé est requise. On peut qualifier ce phénomène, dont la réalité sera étudiée ci-dessous pour l'assistance médicale à la procréation, de matérialisation des objectifs du droit international privé.

[383] BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, Droit International Privé, partie générale, t. I, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014, pp. 640-641, n° 547.

§ 2. Matérialisation des objectifs du droit international privé

Nous constaterons à présent comment les objectifs du droit international privé se cristallisent par rapport à certains processus d'assistance médicale à la procréation, selon que l'ordre juridique est permissif ou non (A). La démarche est essentielle en ce qu'elle permet d'identifier des caractéristiques communes aux ordres juridiques adoptant des positions radicalement différentes en matière de procréation assistée (B). La constatation de ces points de convergence aide à comprendre quelle est la marge de coordination possible et ouvre finalement la voie à toute démarche de coordination. Sans celle-ci, tout effort risque de se révéler vain, quelle que soit la méthode adoptée. Il existe pourtant des différences irréductibles entre les diverses législations. Face à ces différences, les États se contentent souvent de trouver les moyens d'imposer leurs solutions. Une telle démarche peut être efficace mais en principe seulement dans des limites territorialement précisées ou en fonction du poids de chaque pays dans la vie des personnes impliquées aux problèmes. Commençons toutefois par regarder l'influence exercée sur les objectifs du droit international privé par le caractère strict ou libéral du droit en matière d'assistance médicale à la procréation.

A. INFLUENCE DES POSITIONS STRICTES OU LIBÉRALES SUR LES OBJECTIFS

Il est logique de penser que les positions qu'un ordre juridique adopte sur le plan du droit matériel influent directement sur les solutions de droit international privé. Ce qui est pourtant plus difficile est de mesurer et de préciser l'influence que le droit substantiel exerce sur le droit international privé. Celle-ci est différente et varie selon si l'on se trouve dans un ordre juridique adoptant une position restrictive (1) ou une position libérale (2).

1. L'influence des positions strictes

La position restrictive à l'égard de la gestation pour autrui, de l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de personnes de même sexe ou du recours à un processus *post mortem* s'explique par l'idée que la société française, la société grecque et d'autres sociétés se font de la défense de la famille. L'importance de cette

conception de la famille résulte aussi bien de l'invocation du principe de l'indisponibilité de l'état concernant la gestation pour autrui que de l'interdiction de l'accès aux couples de même sexe et aux personnes célibataires aux techniques d'assistance médicale à la procréation. En Grèce, le débat sur la reconnaissance juridique d'un double lien de filiation monosexué n'a même pas été ouvert. Le conservatisme d'une partie de l'opinion fait qu'aucune discussion en ce sens n'a eu lieu au sein de la société grecque. Le législateur n'a que très récemment étendu le pacte de cohabitation aux couples de même sexe[384] mais il est resté muet sur le problème des liens de parenté que deux personnes de même sexe peuvent avoir à l'égard d'un enfant. Cependant, il existe aussi en Grèce des enfants qui grandissent au sein des foyers composés par deux personnes de même sexe. En outre, comme il sera exposé ultérieurement[385], les autorités grecques, lorsqu'elles ont dû se prononcer sur les liens de filiation monosexués, ont refusé de les reconnaître. Là encore, la justification la plus probable semble être liée à la volonté de protéger une certaine conception de la famille. Les États interviennent donc dans ce domaine parce que le recours à certaines techniques d'assistance médicale à la procréation permet « *l'importation clandestine de nouvelles structures familiales* », ce qui met en cause leur propre «*organisation sociale fondamentale que constitue la famille* »[386].

En outre, une influence directe sur certaines solutions relatives à la circulation des liens de filiation a été exercée par le besoin de préserver l'autorité et l'efficacité de la loi interne française[387]. La reconnaissance par les juges d'une situation valablement créée par les citoyens français à l'étranger comme dans le cas d'une gestation pour autrui saperait l'autorité des règles françaises. On a soutenu en ce sens qu'admettre l'efficacité d'une situation créée à l'étranger serait céder devant le fait accompli[388].

L'interdiction du recours aux techniques susvisées a pu exercer une influence dans la réglementation des rapports qui se nouent et en particulier lors de leur circulation. Ainsi, la désignation d'une législation étrangère reconnaissant les liens de filiation ou une décision étrangère les validant pourraient se heurter au mécanisme de l'ordre public. Et, indépendamment même de l'influence que cette interdiction pourrait exercer sur la mise

---

384 Loi nº 4356/2015 portant sur le partenariat de cohabitation, sur l'exercice des droits et sur des dispositions pénales et d'autres dispositions, *JO* FEK A' 181/24.12.2015.
385 V. chapitre 5, Section 2, § 1.
386 HENRY Caroline, *Médecine créative et globalisation : nouveaux enjeux et nouvelles polémiques pour le droit international privé*, (dir. de thèse Horatia Muir Watt), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, soutenue le 28 novembre 2007, p. 202, nº 190.
387 V. plus récemment BOLLÉE Sylvain, « Gestation pour autrui : la voie du compromis », *D.* 2015, p. 1481.
388 LEQUETTE Yves, « De la « proximité » au « fait accompli », *Mélanges Pierre MAYER*, L.G.D.J./LEXTENSO Éditions, Paris, 2015, pp. 481-518, spéc. p. 505, nº 23.

en œuvre des règles de conflit ou sur la circulation des décisions, on pourrait s'attendre à ce qu'une telle position conduise à un contrôle resserré des naissances qui ont lieu à l'étranger, à l'instar de ce qui s'était passé pour les mariages célébrés à l'étranger. Cependant, l'interdiction de ces processus n'a pas amené le législateur à attribuer à ses dispositions, au moins de manière explicite, une portée extraterritoriale. Il n'y a pas eu non plus une interdiction explicite de l'établissement du lien de filiation des enfants nés à la suite de la mise en œuvre de ces procédés, comme cela a été le cas avec l'inceste.

Du côté des ordres juridiques permissifs, les intérêts qui sous-tendent la libéralisation de l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation sont divers et la prise de position peut avoir une influence différente sur l'orientation des solutions du droit international privé.

2. L'influence des positions libérales

L'ouverture inconditionnelle à certaines techniques d'assistance médicale à la procréation est liée, comme nous l'avons évoqué[389], à une conception des droits de l'Homme. Le fait que l'accès à ces techniques donne la possibilité de construire une famille explique en quoi les droits de l'homme affectent les solutions. Cette ouverture à la création des liens familiaux dans les pays de *common law* est en cohérence avec la politique relative à l'accès des personnes aux institutions du droit de la famille.

Par ailleurs, d'autres finalités expliquent l'accès facilité des personnes aux traitements procréatifs transfrontaliers. Celles-ci sont liées aux revenus que l'accès génère pour les pays. L'aspect financier de la libéralisation des conditions d'accès est patent pour le cas de la gestation pour autrui en Inde, aux États-Unis et dernièrement en Grèce. Par conséquent, il ne peut pas être soutenu que ces États n'ont pas un intérêt à ce que des étrangers accèdent à cette pratique sur leur territoire[390]. Pour les ordres juridiques libéraux, le souci d'empêcher la survenance des relations boiteuses est moindre, voire inexistant. Comme on a pu l'affirmer jadis pour le mariage[391], il est possible de dire aujourd'hui à propos de ces nouvelles formes de filiations : mieux vaut une filiation boiteuse que pas de filiation du tout.

---

389 V. *infra*, p. 254.

390 V. dans un autre sens HENRI Caroline, *Médecine créative et globalisation : nouveaux enjeux et nouvelles polémiques pour le droit international privé*, (dir. de thèse Horatia Muir Watt), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, soutenue le 28 novembre 2007, p. 203, n° 191.

391 FADLALLAH Ibrahim, *La famille légitime en droit international privé…*, *op. cit.*, p. 28, n° 27.

L'aperçu des objectifs des pays aux positions strictes et aux positions libérales ne doit pas conduire à la conclusion qu'il n'existe pas de points de convergence entre ces deux catégories de pays.

B. OBJECTIFS COMMUNS AUX ORDRES JURIDIQUES INDÉPENDAMMENT DU POINT DE VUE ADOPTÉ

Malgré les divergences considérables observées dans les réglementations examinées, il existe un certain nombre de considérations et d'objectifs communs. L'assistance médicale à la procréation et les nouvelles formes de filiation auxquelles elle donne lieu créent des nouvelles divisions entre les droits privés des différents pays. En particulier, la gestation pour autrui a suscité d'âpres discussions et des conflits dans la société mais aussi dans la doctrine. Le discours public sur ce procédé a parfois été violent. Cela pourrait laisser penser qu'il n'existe pas des points de convergence dans ce domaine. Un examen plus attentif permet pourtant de les identifier. Le premier qu'il faut relever concerne la protection des droits de la gestatrice. On invoque souvent dans la doctrine les risques et les dangers pour la santé et l'autonomie personnelle d'une femme qui décide de devenir gestatrice. Il n'existe aucun ordre juridique qui dénie la nécessité de protection des droits de la gestatrice. Certes, pour certains la protection d'une femme suppose d'exclure totalement la réalisation d'une gestation pour autrui. Un tel point de vue ne suffit pour justifier l'inaction d'un État restrictif pour la protection des gestatrices. Il faut toutefois réfléchir en quoi peut consister une telle protection. Celle-ci implique de garantir tout d'abord l'information adéquate de la femme qui décide de devenir gestatrice. Elle suppose un consentement éclairé et la liberté de celle-ci de prendre toutes les décisions qui concernent son corps. Selon cette affirmation, une gestatrice doit être libre d'avorter indépendamment des stipulations en sens contraire incluses dans certains contrats de gestation pour autrui. D'ailleurs, tout accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation implique un acte médical. Ainsi, un consentement éclairé est requis comme pour tout autre acte médical. Partant, une information complète quant aux conséquences de ces techniques est toujours nécessaire.

En outre, un point de convergence crucial concerne la réglementation de la responsabilité parentale. Dans la grande majorité des pays permissifs, mais aussi dans ceux qui interdisent strictement l'accès à la gestation pour autrui, les parents d'intention

ne sont pas privés de la garde de l'enfant[392]. Par conséquent, en pratique, les deux parents d'intention assurent conjointement les tâches qui relèvent de la responsabilité parentale. Des problèmes peuvent surgir, notamment dans les cas où les parents d'intention divorcent ou se séparent. Mais le fait que l'enfant soit confié aux parents d'intention n'est pas mis en question dans son principe même.

La même constatation relative à la responsabilité parentale peut être faite à l'égard des autres techniques de procréation médicalement assistée. Les ordres juridiques interdisant l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe ne peuvent pas priver ces couples de la responsabilité des enfants nés. Il n'est pas concevable que l'État intervienne pour retirer la responsabilité parentale d'un enfant qui grandit au sein d'un foyer composé par deux parents de même sexe. Cette donnée doit être prise en considération lorsque des problèmes se font jour à un stade postérieur à celui de la création du lien de filiation, par exemple lorsque ces couples divorcent ou se séparent[393].

Il peut enfin être constaté qu'en cas de recours à des procédés d'assistance qui nécessitent l'apport du matériel génétique d'une tierce personne, l'élément socio-affectif fait partie des fondements soutenant les liens de filiation créés. La constatation de l'existence de cet élément se fait par le biais du consentement. L'étude du droit comparé qui précède démontre que le consentement peut être crucial aussi bien pour la création que pour la contestation du lien de filiation[394]. Il existe pourtant une divergence quant aux modes d'expression de ce consentement et les conditions dans lesquelles celui-ci peut être retiré. Il n'existe pourtant rien, au moins dans les cadres juridiques examinés, qui permet de suggérer que ces différences dans la manifestation du consentement et de sa révocation résultent de conceptions ancrées dans la culture des pays concernés. Il convient maintenant d'examiner comment les différents mécanismes du droit international privé s'adaptent à la poursuite de ces objectifs.

[392] V. s*upra*, chapitre 2.
[393] V. *infra* , chapitre 7.
[394] Chapitre 1.

SECTION 2

ADAPTABILITÉ DES MÉCANISMES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AUX OBJECTIFS

La pluralité des méthodes est une constante de la réglementation des rapports privés internationaux. Indice de cette pluralité, la règle de conflit en matière de filiation conserve un rôle résiduel dans ce contexte. La portée relative de la règle de conflit en matière de filiation n'a pas conduit à ce jour à son abandon dans la majorité des pays européens. Elle constitue dès lors une donnée qu'il est utile de consulter chaque fois qu'une personne a recours à un traitement procréatif transfrontalier même si finalement elle ne sera pas appliquée. Il faut donc nous interroger sur son adaptabilité. Le pluralisme méthodologique impose d'ailleurs de mesurer l'aptitude d'autres mécanismes à la poursuite des objectifs fixés par chaque ordre juridique dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation.

Dans notre appréciation de l'adéquation de la règle de conflit aux nouvelles formes de filiation, nous observons que l'idée d'une règle de conflit idéale paraît dépassée[395], parce que son apport dépend de la prise en compte des conditions spécifiques de l'espèce et de sa mise en œuvre dans le cas concret. De plus, le caractère parfois contradictoire des différents objectifs traditionnellement assignés au droit international privé et l'absence de consensus même entre les pays de l'Union européenne quant à ces objectifs rendent difficile l'identification des caractères qu'une règle de conflit devrait revêtir. Cette dernière conclusion est aussi supportée par le fait que les règles de conflit en matière de filiation adoptent chacune des orientations et poursuivent chacune des objectifs assez différents[396].

---

[395] HUET André, « Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Les conflits de lois en matière de filiation, en droit international privé français, allemand et suisse*, Actes du colloque des 13-14 octobre 1972, Travaux de l'Institut de droit comparé, Annales de la faculté de droit et des sciences politiques et de l'institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, XXV, L.G.D.J., Paris, 1973, pp. 19-63, spéc. p. 29.

[396] V. en ce sens : Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international*, doc. prél. n° 11 de mars 2011 à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, p. 15-16, n° 20 ; V. pour constater la divergence entre les différentes règles de conflit il suffit de limiter notre regard sur les solutions adoptées en la matière par les pays européens. Ainsi, en dehors des règles de conflit grecques et françaises nous pouvons s'intéresser à celles de la Suisse : art. 68 LDIP *: « 1. L'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. 2. Toutefois, si aucun des parents n'est domicilié dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et si les parents et l'enfant ont la nationalité d'un même Etat, le droit de cet Etat est applicable* », art. 69 1. : « *1. Pour déterminer le droit applicable à l'établissement, à la constatation ou à la contestation de la*

Toutefois, nous avons conclu que la fonction localisatrice de la règle de conflit revêtait une valeur en tant que critère d'appréciation de sa valeur qui dépassait le cadre strict de son application. De plus, nous avons suggéré que l'adaptabilité des mécanismes du droit international privé doit aussi porter sur leur aptitude à atteindre la sécurité juridique et à satisfaire les différents objectifs –de nature substantielle– que chaque ordre juridique vise.

La différence des objectifs de nature substantielle incite de mener l'appréciation des mécanismes de droit international privé en distinguant entre des ordres juridiques adoptant des points de vue restrictifs et des points de vue libéraux. La distinction est schématique et en partie réductrice de la réalité qui est complexe et rétive aux moules préfabriqués. Elle facilite toutefois la démonstration en permettant de démontrer comment les positions sur le plan du droit substantiel influencent profondément la résolution des problèmes de droit international privé. En même temps, cette distinction offre un guide dans la recherche de solutions en fonction des objectifs qu'un ordre juridique détermine. L'analyse relative à l'adaptabilité sera donc menée tout d'abord à l'égard d'un ordre juridique restrictif (§ 1) et ensuite à l'égard d'un ordre juridique libéral (§ 2).

§ 1. Adaptabilité des mécanismes dans un ordre juridique restrictif

Dans l'ordre juridique français, la gestation pour autrui est le procédé ayant retenu en particulier l'attention des spécialistes de droit international privé. Nombreuses ont été les décisions prises, notamment au sujet de la reconnaissance du lien entre l'enfant né et les parents d'intention. La jurisprudence française a adopté une position d'interdiction ferme, entérinée par la loi, mais qui vient d'être assouplie par deux arrêts de la Cour de cassation du 3 juillet 2015[397]. Dans l'ordre juridique grec, l'interdiction de l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée concerne les couples de même sexe.

---

filiation, on se fondera sur la date de la naissance. 2. Toutefois, en cas de contestation judiciaire de la filiation, on se fondera sur la date de l'action si un intérêt prépondérant de l'enfant l'exige ».

[397] Cass. ass. plén. 3 juillet 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323, *Dr. fam.* 2015, no 9, pp. 1-2, note par BINET Jean-René ; GOUTTENOIRE Adeline, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement *a minima* », *JCP G.* 2015, pp. 1614-1617 ; BOLLÉE Sylvain, « Gestation pour autrui : la voie du compromis », *D.* 2015, p. 1481 ; *JDI* 2016, pp. 103-117, note par GUILLAUMÉ Johanna ; CHAUSSY Anthony, *Rev. gén. dr. méd.* 2015, pp. 113-115 ; *Rev. crit. DIP*, pp. 885-890, note par GALLANT Estelle ; SINDRES David, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.* 2015, pp. 1773-1774 ; *RTD civ* 2015, pp. 581-583, note par HAUSER Jean.

Nous constaterons que les lois de police et les règles de conflit dans leur forme actuelle ne réussissent ni à satisfaire les considérations de proximité, ni à apporter des réponses adéquates aux objectifs que les ordres juridiques examinés tentent de poursuivre. Nous commencerons par le système de solutions français (A) pour venir ensuite à l'examen du système grec (B).

A. LE SYSTÈME FRANÇAIS FACE À LA GESTATION POUR AUTRUI

La problématique du droit international privé s'est presque toujours présentée, soit dans le cadre de la réception d'un acte public, soit dans le cadre de reconnaissance d'une décision étrangère[398]. Le traitement du problème lorsqu'il surgit sous la forme d'un acte public est différent suivant que l'on considère les actes publics comme devant relever de la méthode de reconnaissance ou au contraire de celle de la règle de conflit. Dans le cas de la gestation pour autrui, il existe toujours, ou du moins dans la grande majorité des cas, un certificat de naissance désignant comme mère la mère d'intention. Par conséquent, le besoin de consulter une règle de conflit ou l'absence de ce besoin dépendent –quelle que soit la configuration du rapport de droit privé– de l'approche adoptée par l'État du for au sujet de la réception des actes publics[399]. Ainsi, les juges peuvent faire abstraction de la règle de conflit et traiter la question de la filiation comme une question de reconnaissance d'un acte public aussi bien au moment où un couple tente de transcrire l'acte de naissance dans les registres du pays de résidence habituelle lors du retour au pays ou de manière incidente au moment d'un contentieux portant sur un des effets de la filiation comme celui des aliments[400]. Il existe pourtant des raisons de s'interroger sur la règle de conflit appropriée[401]. Des règles de conflit ont été appliquées en Belgique dans le cadre des procédures judiciaires relatives à une gestation pour

[398] V. pour la Belgique VERHELLEN Jinske, « Intercountry surrogacy : a comment on recent Belgian cases », *NjPR* 2011, pp. 657-662.
[399] Par rapport à la différence de l'approche selon l'ordre juridique concerné v. SAARLOOS Kees Jan, *European private international law on legal parentage ? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage,* Maastricht University, July 2010, pp. 129, 141-142.
[400] Un tel scénario paraît probable dans un différend portant sur l'obligation alimentaire depuis l'adoption du nouveau règlement de l'Union européenne sur les obligations alimentaires.
[401] V. sur cette question STRUYCKEN V. M. A. (Teun), « Surrogacy, A New Way to Become a Mother ? A New PIL Issue », in BOELE-WOELKI K., EINHORN T., GIRSBERGER D. & SYMEONIDES S. (sous la dir. de), *Convergence and Divergence in Private International Law-Liber Amicorum Kurt Siehr,* Eleven International Publishing, The Hague, 2010, pp. 357-372, spéc. pp. 370-371.

autrui[402]. Une partie de la doctrine semble aussi penser que le détour par les règles de conflit est nécessaire pour les liens de filiation créés par assistance médicale à la procréation[403].

À ce jour, dans la doctrine et dans la jurisprudence la pertinence du système de règles de conflit françaises de filiation n'est pas sérieusement mise en question[404]. La nécessité de leur application a également été soutenue devant la Cour d'appel de Paris dans la procédure ayant conduit à l'arrêt du 25 octobre 2007[405]. Selon cette position l'article 311-14 du Code civil est applicable à la question de la filiation d'un enfant né suite à une gestation pour autrui.

Cependant, des doutes peuvent être exprimés quant à l'opportunité d'utiliser ou de consulter une règle de conflit tant critiquée. C'est éventuellement une des raisons pour lesquelles l'application par analogie des règles de conflit relatives à l'adoption a également été envisagée (3)[406]. Mais avant de prendre position sur l'opportunité d'une telle solution, il faut examiner l'adaptabilité de la règle de conflit de principe en matière de filiation, à savoir l'article 311-14 du Code civil (2) mais aussi du mécanisme de lois de police (1).

1. L'adaptabilité du mécanisme des lois de police

Il paraît de prime abord logique dans un ordre juridique qui adopte une position prohibitive ferme quant à un processus, de faire appel à un raisonnement en termes de lois de police plutôt que de raisonner en termes de règles de conflit. L'interrogation sur le système des règles de conflit peut paraître déplacée dans un domaine du droit imprégné par des considérations d'ordre public. Il a ainsi été suggéré de considérer des articles 16-7

---

402 VERHELLEN Jinske, « Intercountry surrogacy : a comment on recent Belgian cases », *NjPR 2011,* pp. 657-662, spéc. p. 659 ; Paris, 1re Ch., 15 juin 1990, *JDI*1990, pp. 982-994, note GAUDEMET-TALLON Hélène.

403 FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 1-42, spéc. pp. 25-33.

404 BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit International Privé*, *partie spéciale*, t. II, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014, p. 257, n° 780 ; Paris, 1re Ch., 15 juin 1990, *J.D.I.* 1990, note par GAUDEMET-TALLON Hélène pp. 982-994, spéc. pp. 990-991 ; FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 1-42, spéc. pp. 28-32, qui observent toutefois que : « *L'incertitude qui règne désormais autour de la notion même de maternité devrait conduire à revoir une règle par ailleurs très problématique* », p. 32.

405 L'avocat du couple ayant eu recours à une gestation pour autrui a soutenu que l'article 311-14 du Code civil entraînait l'application du droit californien, selon lequel le lien de filiation maternel devrait être reconnu ; Paris, 25 octobre 2007, *Gaz. Pal.*, nos 27-29, 128ème année, 27-29 janvier 2008, note (de) GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, pp. 20-28.

406 V. parmi d'autres : Cass. Ass. plén. 31 mai 1991, pourvoi formé dans l'intérêt de la loi formé par M. le procureur général près la Cour de cassation, observations TERRÉ François, *J.C.P.*, *G.* 1991, n° 45, 21752, pp. 377-385, spéc. pp. 379-380.

du Code civil portant sur les conventions de gestation pour autrui comme des lois de police[407]. Cette position n'est acceptable que lorsqu'on donne une certaine valeur au point de vue des autres ordres juridiques impliqués. Toutefois en l'espèce la loi de police conçue exclut automatiquement la prise en considération du point de vue d'un ordre juridique ayant des liens étroits avec une situation en cause, celui du pays où le processus est déroulé. Cette prise en considération peut amener, au moins dans certains cas, à des solutions plus équitables.

Une telle position aurait le mérite de poser une interdiction claire et intelligible pour les citoyens français même lorsqu'ils décident de se déplacer à l'étranger. Elle garantirait que l'autorité et l'efficacité de la loi française ne soit pas compromise. Cependant, pour que ces avantages soit tangibles il faut, tout d'abord, qu'une telle loi de police ait déterminé son champ d'application de manière claire et intelligible. Monsieur ANCEL soutient que les « *critères d'efficacité dans l'espace* » de ces lois de police « *sont la résidence habituelle en France et/ou la nationalité française des parties à la convention* »[408]. Il considère de la sorte que « *les cas dans lesquels les intéressés contreviennent à l'interdiction sont aisément déterminables dès avant l'engagement des opérations* » et que « *la sécurité est assurée, chacun sachant au moment où il agit ce qu'il lui est permis et ce qui lui est défendu de faire au regard du droit international privé français* »[409].

Même, si on se met d'accord sur la détermination du champ d'application de lois de police de cette manière, il faut admettre que l'ordre juridique français n'a prévu aucun moyen pour contrôler des personnes ayant leur résidence habituelle en France et qui sont de nationalité étrangère. Il faut rappeler à cet égard que la transcription de l'acte de naissance est une formalité qui est facultative même pour les couples de Français. De plus, à supposer qu'en effet la solution assure une sécurité juridique – ce qui est contestable vus les derniers arrêts de la Cour de cassation du 3 juillet 2015 – il n'en reste pas moins que cette sécurité a été atteinte à l'issue de contentieux ayant duré plus de 25 ans. En outre, si l'objectif d'une telle loi de police était la dissuasion des couples qui résident en France ou qui ont la nationalité française, d'avoir recours à une gestation pour autrui à l'étranger, elle a échoué. Enfin, une loi de police efficace devrait préciser les

---

[407] ANCEL Bertrand, *L'institution exorbitante*, cours de droit international privé (2009-2010), Master 2 Recherche en Droit international privé et droit du commerce international de l'Université Panthéon-Assas Paris 2, polycop., 2010, pp. 165-166; Le Professeur LAGARDE parle d'une « *loi de police d'application territoriale sur le territoire français à toute personne quelle que soit sa nationalité* » lorsqu'il se réfère à l'article 16-7 du Code civil ; V. sa note sous Cass. civ., 1re , 17 décembre 2008, n° 07-20.468, *Rev.crit DIP* 2009, pp. 320-331, spéc. p. 328. Avant l'adoption de l'article 16-7 v. LABRUSSE-RIOU Catherine, note sous Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, pp. 717-731, spéc. pp. 729-730.

[408] ANCEL Bertrand, *L'institution exorbitante*, *op. cit.*, p. 166.

[409] *Ibid.*

questions de droit et les rapports de droit auxquels elle serait applicable[410]. Cela n'est pas être le cas en l'espèce. L'article 16-7 du Code civil français interdisant la gestation pour autrui, ne se prononce pas explicitement sur la question de la filiation et nullement sur son champ d'application dans l'espace. La clarification quant à la teneur de l'article a été apportée progressivement par la jurisprudence. Celle-ci déduisait de l'interdiction de la gestation pour autrui, au moins jusqu'au 3 juillet 2015, l'impossibilité de tisser un quelconque lien de filiation notamment avec la mère porteuse[411].

Ce résultat, l'interdiction de la technique conduisant au refus d'établissement de la filiation avec la mère d'intention ou en général avec les parents d'intention, n'était pas inévitable parce qu'il ne ressortait pas du texte. Un nombre considérable de pays européens ont choisi de dissocier les deux questions[412]. Un exemple de dissociation nette existait en droit italien entre la question de l'interdiction de l'insémination hétérologue et celle de l'établissement de la filiation des enfants issus d'une telle technique. En droit italien, malgré l'interdiction –jugée récemment inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle italienne– de l'insémination hétérologue, il était interdit aux personnes y ayant recours d'invoquer la prohibition pour contester leur filiation avec l'enfant né de celle-ci. Une dissociation similaire a été également opérée dans la fameuse affaire américaine *Baby M*[413]. Dans celle-ci, bien que le tribunal ait refusé l'exécution d'un contrat de gestation pour autrui en raison de sa contrariété à l'ordre public, la garde de l'enfant a été, finalement, attribuée à la mère intentionnelle[414]. Ces exemples démontrent que la connexion entre l'interdiction d'un processus d'assistance médicale à la procréation et la question de l'établissement des liens de filiation ne ressort pas inévitablement des

410 Rappr. SALAMÉ Georgette, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, (préf. Horatia Muir Watt), PUAM, 2006, p. 98, n° 136.

411 Sur cette approche initiale de la Cour de cassation de traiter les deux questions comme un ensemble v. en particulier SINDRES David, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *J.D.I.* 2015, pp. 429-504, spéc. pp. 438-431.

412 La solution inverse a été adoptée dans un arrêt récent du *Bundesgerichtshof* du 10 décembre 2014, BGH, 10 déc. 2014, Beschluss, XII ZB 463/13 citée dans FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 1-42, spéc. p. 11 ; En faveur d'une telle dissociation entre le sort du contrat et la question de la filiation v. LAGARDE Paul note sous Cass. civ., 1re, 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *Rev.crit DIP* 2009, pp. 320-331, spéc. p. 329 ; BUCHER Andreas, « La migration de l'état civil », *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans Van Loon*, Intersentia, Antwerp, 2013, pp. 101-112, spéc. pp. 112, note 10.

413 *In the Matter of Baby M.*, 109 N.J. 396 (1988) ; v. en détail sur cette affaire *infra*, p. 291, note 691.

414 RAO Radhika, « Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence », in Surrogate Motherhood: International Perspectives (Cook Rachel/Day Sclater Shelley/Kaganas Felicity éds), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003, pp. 23-34 et spéc. p. 28.

dispositions formulées en des termes généraux[415]. Dès lors, il n'est pas possible d'accepter un tel mécanisme ayant un effet si radical. Pour arriver à cela il faut que la conséquence ressorte clairement d'un faisceau d'indices puisés dans le système de droit dans lequel la loi de police s'insère. L'exemple est donné par le législateur français, qui dans des cas comme celui de l'inceste a exprimé de manière explicite son souhait d'empêcher l'établissement d'un lien de filiation incestueux.

En toute hypothèse, le refus d'adopter un raisonnement en termes des lois de police s'explique aussi des effets inéquitables auxquels il amène dans certains cas de figure comme l'exemple suivant l'atteste. En réalité, l'ordre juridique français n'est pas prêt à supporter les conséquences concrètes de son choix. Imaginons un couple de Français qui se rend aux États-Unis pour avoir accès à une gestation pour autrui mais qui au bout du processus renonce au projet parental en raison d'un handicap de l'enfant né. Rester attaché dans un tel cas à un raisonnement en termes de lois de police conduit à ne pas reconnaître le lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant né. Rien dans le système de droit français et dans l'analyse des objectifs qu'il s'assigne ne justifie qu'une telle résolution du problème soit souhaitable, malgré son caractère restrictif. Il est permis de penser que dans un tel cas, avoir recours à la règle de conflit relative à la filiation permet d'aboutir à une solution flexible et plus équitable. Contrairement à la règle de conflit, une loi de police est difficilement maniable pour exclure dans un cas et permettre dans un autre l'établissement du lien de filiation. Certes, il pourrait être remédié au caractère inéquitable des cas d'exclusion si l'ordre juridique qui édicte une telle loi de police adoptait des sanctions financières voire pénales à l'encontre des personnes ayant de tels comportements au lieu d'exclure tout lien de filiation avec les parents d'intention. Des inconvénients du raisonnement en termes de lois de police proposé ressortent aussi du cas suivant.

Interpréter l'article 16-7 C. civ. comme interdisant non seulement le recours à la gestation pour autrui mais aussi l'établissement de tout lien de filiation avec la mère d'intention conduit à un résultat inéquitable dans le cas du divorce des parents d'intention et de contestation du lien de filiation maternel. Il faut bien garder à l'esprit qu'en pratique, chaque fois qu'un couple a recours à une gestation pour autrui, les deux membres du couple sont parties contractantes. La loi de police sanctionne donc l'une des

[415] Le lien entre les deux questions pourrait être expliqué par la volonté de donner à l'interdiction une portée extraterritoriale. Ainsi, pour les auteurs qui s'opposent à la reconnaissance d'un lien de filiation l'objectif est justement d'empêcher les Français d'aller à l'étranger. Toutefois, il s'agit d'une interprétation ne ressort pas clairement du texte. D'ailleurs, le même raisonnement devrait conduire l'ordre juridique français à retirer également la responsabilité parentale des parents d'intention, ce qui n'est pas le cas.

personnes impliquées dans une gestation pour autrui tout en laissant indemne l'autre personne, dont le lien de filiation ne serait pas –jusqu'aux arrêts de la Cour de cassation de septembre 2013– contesté. Une telle divergence existe de nouveau après le dernier arrêt de la Cour de cassation du 3 juillet 2015 qui permet l'établissement du lien de filiation du père biologique d'un enfant né d'une gestation pour autrui.

Il ressort de ce qui précède que tenter de résoudre l'ensemble de problèmes qui se posent à la suite d'une gestation pour autrui effectuée à l'étranger en qualifiant de loi de police l'article 16-7 du Code civil présente des inconvénients majeurs. Il reste exact qu'une position d'interdiction absolue de la gestation pour autrui et des liens de filiation qui en découlent peut dans une certaine mesure être poursuivie par ce mécanisme. Cependant, cela nécessite de déterminer avec précision les conséquences de cette règle et de prévoir d'autres mécanismes qui assureraient son efficacité. Cette dernière observation ne dispense toutefois pas du besoin de s'interroger sur le fonctionnement du système des règles de conflit.

2. L'adaptabilité des règles de conflit en matière de filiation

Dans le système actuel des conflits de lois, tel qu'il résulte des lois de 1972, la règle de conflit en matière de filiation est celle de l'article 311-14 du Code civil. Son application dans le cas d'une gestation pour autrui a soulevé des doutes en doctrine, en particulier par rapport à la détermination de la qualité de la mère qui doit être retenue pour sa mise en œuvre[416]. L'application de cette disposition n'est pas évidente. Comme pour toute autre règle, qu'elle soit de droit matériel ou de droit international privé, un problème préalable d'interprétation se pose. Il faut répondre à la question de savoir si cette règle de conflit est censée englober le problème du droit applicable à la filiation des enfants nés par gestation pour autrui. La réponse dépend, entre autres, des principes d'interprétation admis au sein de chaque ordre juridique donné. Ainsi, si l'on accepte l'applicabilité des règles de droit face à des situations inédites, il sera possible d'appliquer la règle de conflit, bien qu'elle ne soit pas explicitement confectionnée pour la gestation pour autrui. Par

[416] LAGARDE Paul note sous civ., 1re , 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *Rev.crit DIP* 2009, pp. 320-331, spéc. p. 326 ; V. le commentaire et les précisions apportées par Madame GAUDEMET-TALLON en ce qui concerne l'application des règles de conflit françaises en matière d'établissement de la filiation sans toutefois s'interroger de l'adaptabilité des dispositions : note sous Paris, 1re Ch., 15 juin 1990, *J.D.I.*1990, pp. 982-994, spéc. pp. 990-991. La même observation peut être faite pour une décision du Tribunal d'Antwerp ayant appliqué l'article 62 du Code belge de droit international privé sans s'interroger de l'aptitude de la disposition à déterminer de manière satisfaisante le droit applicable : VERHELLEN Jinske, « Intercountry surrogacy : a comment on recent Belgian cases », *NjPR* 2011, pp. 657-662, spéc. p. 659.

contre, si la volonté du législateur est le critère prépondérant de l'interprétation des règles, il sera impossible d'envisager l'application de l'article 311-14 C. civ. L'interprétation historique de l'article de 311-14 du Code civil met en doute son application parce que le législateur n'aurait pas pu envisager le procédé de la gestation pour autrui au moment de l'adoption de cette disposition[417].

Cela suffit-il pour autant pour qu'on doive en déduire l'existence d'une lacune dans la réglementation du droit international privé[418] ? Bien que la notion de lacune soit concevable en matière de droit international privé – du moins lorsqu'on parle des lacunes dans la loi écrite[419]– la lettre des règles de conflit de filiation semble l'exclure dans le cas de la détermination du droit applicable à la filiation à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Selon M. VANDER ELST : « *Un système juridique peut être en effet cohérent et complet, c'est-à-dire permettre l'application d'une norme à toute situation soulevant une question de droit, alors même que cette norme présente une lacune déontologique – c'est-à-dire ne correspond pas à l'idée que le juge se fait de la justice* »[420] ? Toutefois, si l'on considère qu'une lacune déontologique ne doit pas laisser indifférent le juge ou l'interprète du droit, il faut s'intéresser à l'aptitude des règles de conflit à l'idée qu'on se fait de la « justice » ou des considérations propres au droit international privé. Nous avons soutenu à cet égard que la fonction de la localisation d'un rapport de droit conserve une partie de son importance. Elle la conserve même si, en fin de compte, la règle de conflit en matière de la filiation ne sera appliquée que dans des situations exceptionnelles.

L'application par analogie des règles de conflit –si l'on pense qu'une lacune déontologique existe– est donc possible pour des nouveaux cas de figure. Le caractère indirect et souvent neutre des règles de conflit est un argument supplémentaire en faveur d'une application directe et non par analogie. D'ailleurs, en droit international privé la question de l'interprétation de la norme ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en droit substantiel interne. Dans de nombreux pays, il est admis que les catégories des

---

417 SAARLOOS Kees Jan, *European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage,* Maastricht University, July 2010, p. 130. Cette thèse est consultable sur : <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=19540>dernière visite le 12.10.2016; V. Dans ce sens aussi par rapport aux règles de conflit du droit japonais SATOH Yayohi, « The Relationship between Mother and Child Born with Gestational Agreement in IPL – with the proposals of New Legislation », *Kansai Univ. Rev. L. & Pol.,* n° 27, mars 2006, pp. 1-15, spéc. p. 6.

418 Sur la question des lacunes en droit international privé v. VANDER ELST Raymond, « Lacunes en Droit international privé », in PERELMAN Charles (études publiées par), *Le problème des lacunes en droit,* Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1968, pp. 401-423.

419 *Ibid.*, pp. 403 *et seq* ; v. aussi TERRÉ François, « Les lacunes du droit », in PERELMAN Charles (études publiées par), *Le problème des lacunes en droit,* Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1968, pp. 143-160, spéc. pp. 146, 151-152.

420 VANDER ELST Raymond, *op.cit.*, p. 402.

règles de conflit sont souvent suffisamment larges et elles doivent par conséquent être interprétées avec souplesse pour couvrir des situations analogues[421]. Il faut toutefois se demander si une telle approche ne rompt pas avec les principes du droit international privé et avec la logique qui lui est inhérente, tels qu'ils se cristallisent dans un domaine donné. S'interroger sur la pertinence de l'article 311-14 C. civ. ne signifie pas pour autant que son rédacteur ait considéré que la notion et la fonction de l'institution de la filiation devrait être immuable et ne pourrait pas être adaptée à des situations nouvelles. Cette constatation ne suffit néanmoins pas pour répondre à la question de l'adaptabilité de la règle, puisque, pour l'affirmer, il faut déterminer la teneur du domaine qu'une règle couvre. En d'autres termes, il faut pouvoir déterminer si la catégorie de la règle de conflit inclut la nouvelle situation qui n'aurait pas pu être envisagée ou si au contraire une autre règle de conflit est nécessaire. L'exemple du mariage polygamique démontre que l'extension de catégorie de la règle de conflit en matière de mariage a été effectuée sans grande difficulté par les juges français. Dans ce cas aussi, il était impossible de soutenir que la règle de conflit relative aux conditions du mariage avait été conçue et créée en vue du mariage polygamique. Malgré cela, cette règle de conflit a été appliquée pour la détermination du droit applicable. Reste à voir si l'application de l'article 311-14 C. civ. peut et doit être étendue dans le cas de la gestation pour autrui.

Selon l'article 311-14 du Code civil : « *La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant* ». L'application de la disposition dépend du sens donné au mot mère[422]. Les difficultés d'identification du sens du mot mère ont été récemment exposées par M. FULCHIRON et Mme BIDAUD-GARON[423]. En fonction de la souplesse[424] ou de la rigidité de l'interprétation du terme « mère », la règle remplit ou pas les considérations de proximité. À supposer qu'une telle souplesse soit acceptable, une dissociation entre la définition

---

[421] BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé/1, Partie générale,* 3ème éd., Thémis droit, PUF, Paris, 2014, pp. 454-455, n° 384 . Le fait que ces catégories constituent une projection de l'ordre interne sur la sphère internationale n'est pas en contradiction avec cette affirmation.

[422] Sur les interprétations différentes qui sont possibles par rapport au terme mère en droit international privé v. SAARLOOS Kees Jan*, European private international law on legal parentage?, Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage,* thèse de Doctorat, 2010, p. 130.

[423] FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA …*op. cit.*, pp. 28-33.

[424] En faveur de la souplesse dans la mise en œuvre du dispositif du droit international privé notamment en ce qui concerne le problème des questions préalables et de la qualification qui surgissent dans le contexte d'une assistance médicale à la procréation pour la raison que celle-ci semble servir mieux l'intérêt de l'enfant v. GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, « Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws : An Initial Approach », *La. L. Rev.* 60 1999-2000, pp. 1113-1121, spéc. 1119.

retenue en droit matériel et en droit international privé peut se révéler nécessaire. Diverses sont les interprétations possibles du terme.

Selon la qualification de la mère retenue par le droit matériel français dans un cas de maternité de substitution, seule la femme ayant porté l'enfant peut être considérée comme la mère[425]. S'il est impossible d'identifier la mère, la loi nationale de l'enfant sera applicable. Toutefois, si cette position est admise, notre attention se limite à l'une de deux femmes, ce qui conduit à sacrifier les considérations de proximité, puisque les deux femmes participent de manière active au procédé de gestation pour autrui. Nier cette réalité correspond sans doute à la vision substantielle de l'ordre juridique restrictif mais elle conduit à une localisation déformée du rapport de droit, par occultation de certains points de contact qui, *volens nolens*, sont importants. En outre, sur le plan du droit matériel, cette solution conduit à l'application quasi-systématique d'un droit reconnaissant comme mère la mère d'intention : en effet, dans la pratique internationale, l'hypothèse la plus fréquente est celle de parents d'intention se déplaçant vers le pays de la résidence habituelle de la mère porteuse, pays qui le plus souvent autorise ce procédé[426]. Il n'en reste pas moins que la mère porteuse peut ne pas avoir la nationalité du pays où le procédé a lieu, et il peut aussi arriver qu'elle change de nationalité. Dans de telles circonstances les attentes légitimes du couple de parents d'intention et celles de la mère porteuse peuvent être démenties. Néanmoins, cette approche pourra, en fonction du contexte, aboutir à des solutions favorisant l'établissement de la filiation de l'enfant envers les parents d'intention. Au-delà de ces observations, examinons les critiques adressées déjà par le passé à l'encontre de cette disposition.

Selon ces critiques le choix des éléments de rattachement avait été jugé inégalitaire parce qu'il faisait abstraction des liens du père. Des raisons pratiques ont été invoquées au soutien de l'élément de rattachement et plus précisément la certitude de l'identification de la mère[427]. Cependant, cette certitude même est parfois ébranlée. En

---

425 En ce sens aussi pour le cas d'une gestation pour autrui v. LAGARDE Paul, « La gestation pour autrui : problèmes de droit interne et de droit international privé », *RHDI* 2009, pp. 511-520, spéc. p. 517; SAARLOOS Kees Jan, *European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage,* Maastricht University, July 2010, p. 158.

426 V. dans ce sens TRIMMINGS Katarina, BEAUMONT Paul, « International Surrogacy Arrangements : An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level », *Journal of Priv. Int'l L*, Vol. 7 No. 3, décembre 2011, pp.629-647, spéc. pp. 629-630. V. toutefois l'information incluse dans le même article par rapport à des déplacements des femmes dans d'autres pays dans le but exclusif de servir en tant que mères porteuses, spéc. p. 639, note 60 ; information puisée dans ; DARUVALA Abi, "Poles Hired as Surrogate Mums in Illegal Trade", *The Independent* 4 June 1995, consultable sur : <www.independent.co.uk/news/world/poles-hired-as-surrogate-mums-in-illegaltrade-1584960.html> dernière visite le 12.10.2016.

427 BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit International Privé, partie spéciale*, t. II, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014, p. 247, nº 769.

témoigne la scission de la maternité entre les deux femmes participant à la procréation. Les certitudes se brisent, mais cela n'exclut pas une interprétation souple de la règle, qui s'adapte aux nouveaux enjeux et aux besoins propres du droit international privé.

Une interprétation souple de la règle de conflit permettrait de retenir comme mère la mère d'intention. Bien que cette option risque de conduire à une solution peu satisfaisante sur le plan de la substance pour les parties, il n'est pas possible de soutenir que les intéressés n'auraient pas pu songer à son application. Une telle application satisferait donc l'objectif de la prévisibilité du droit applicable. Un problème est que cette interprétation pourrait être considérée comme étant *contra legem*. De plus, une autre objection à une telle interprétation, qui découle du fait que, dans un grand nombre de cas de gestation pour autrui, la personne faible est la mère porteuse. Par conséquent, sa position dans l'arrangement conduisant à la gestation pour autrui doit être sérieusement prise en considération dans la solution des conflits de lois. Ses attentes légitimes doivent en principe jouer un rôle dans la détermination du droit applicable.

Une troisième interprétation possible de la règle de conflit, puisée dans la doctrine allemande, consiste à considérer comme mère celle qui réclame juridiquement d'être reconnue comme telle, ou que l'on considère comme la mère. L'inconvénient tient en ce qu'en fonction de la requérante ou de la défenderesse on risque d'aboutir à des solutions contradictoires[428]. Les critiques qui viennent d'être exprimées invitent, pour se prononcer sur l'adaptabilité de l'article 311-14 C. civ., à prendre en considération l'autre rattachement retenu par elle, à savoir la loi nationale de l'enfant.

La loi nationale de l'enfant peut être préférée, à supposer qu'il soit impossible de déterminer la mère de celui-ci. Théoriquement concevable, cette solution présente également l'avantage de coïncider fréquemment avec la loi de la résidence habituelle de l'enfant, puisque ce dernier obtiendra en principe la nationalité des parents d'intention. La coïncidence de la loi nationale de l'enfant avec celle des personnes assumant la responsabilité parentale explique pourquoi promouvoir cette interprétation conduirait à l'application d'une loi qui sera aussi celle de la résidence habituelle de l'enfant. Certes, il existe aussi des cas de couples d'étrangers résidant en France qui auraient eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger. Toutefois, même dans le cas où l'on peut s'attendre à ce que l'enfant acquière la nationalité étrangère de ses parents, il existe de fortes chances qu'il acquière aussi la nationalité française, par exemple en présence d'une double nationalité d'un des parents. Si l'enfant a deux nationalités dont l'une est la

[428] SAARLOOS Kees Jan, *op.cit. p. 158.*

nationalité française, la dernière primera en raison de la supériorité de la nationalité du for. En dépit de cette observation, l'application de l'article 311-14 C. civ. donnant la priorité à la nationalité de l'enfant peut être source de difficultés.

En dehors des défauts de la règle de conflit de l'article 311-14 du Code civil relatifs à la meilleure localisation, des inconvénients découlent de la philosophie de l'ensemble de système des règles de conflit relatives à la filiation. Les inconvénients sont liés aussi bien à la sécurité juridique qu'aux objectifs d'un ordre juridique restrictif. La philosophie du système français des règles de conflit telle qu'elle ressort de la loi du 1972 qui les a introduites, s'inspire d'une faveur pour l'établissement de la filiation. La doctrine avait dicté cette faveur pour l'établissement des liens de filiation et la jurisprudence l'a suivie en procédant à des interprétations des règles de conflit la favorisant[429]. Avant même l'avènement des nouveaux liens de filiation, on a remarqué que les limites de cette faveur n'ont pas été fixées avec clarté, puisque la faveur pour l'établissement ne s'étend pas à toutes les dispositions de conflits de lois. Ainsi, l'application du renvoi *in favorem* dans l'article 311-14 du Code civil a été exclue. Il a été ajouté que cette évolution en droit international privé marquait davantage une valorisation du droit interne français qu'une expression générale de faveur[430]. Dans ce sens, on a observé que le fait que les règles de conflit des articles 311-17 et 311-15 du Code civil favorisent l'établissement par reconnaissance ou par possession d'état de la filiation s'explique aussi par le fait que le droit français, sur le plan interne, *« retient une solution matérielle très favorable »* à ce résultat[431]. Partant, cette philosophie qui transparaît de l'ensemble des règles de conflit de filiation rencontre ses limites face aux filiations résultant d'une assistance médicale à la procréation. La philosophie de faveur pour l'établissement de la filiation peut être problématique pour ces nouveaux cas à deux titres. D'une part, elle pourrait compromettre une politique restrictive comme celle relative à la gestation pour autrui en France[432]. D'autre part, elle peut compromettre la sécurité juridique des relations

[429] SUTTON Geneviève, « Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris », *Trav. com. fr. DIP* 1982-1984, pp. 193-223, spéc. dans les débats p. 217.

[430] LEQUETTE Yves, « L'évolution du droit international privé de la filiation et du divorce, rapport français », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, *Trav. Assoc. Henri Capitant*, *Journées turques*, 1988, t. XXXIX, Économica, 1990, p. 467-482, spéc. pp. 473-475.

[431] LEQUETTE Yves, « L'évolution du droit international privé de la filiation…, *op.cit.*, spéc. p. 476.

[432] Soutenir qu'en matière de gestation pour autrui le droit français continue à favoriser la filiation, mais à l'égard de la mère porteuse et non des parents d'intention, pour sauver cette caractéristique du système n'aurait de valeur que théorique. La mère porteuse n'aura dans la grande majorité des cas aucun contact avec l'enfant. Par conséquent, la faveur pour l'établissement de son lien de filiation n'aurait aucune importance. En outre, l'ordre juridique français ne se prononce pas sur son lien de filiation. Enfin, dans la jurisprudence française, la faveur pour l'établissement de la filiation s'apprécie à propos des personnes qui le revendiquent dans un contentieux donné.

internationales en ce qu'elle donne une directive qui est contraire aux tendances du droit de la famille actuel. Cette faveur pour l'établissement peut constituer un argument pour des couples ayant eu accès à une gestation pour autrui à l'étranger. Toutefois, vue l'évolution du droit substantiel français elle risquerait de conduire à des conclusions erronées par rapport à la réaction du droit international privé face à des situations inédites. Dans un tel contexte le reproche, adressé aux couples de parents d'intention, d'un comportement frauduleux résultant du déplacement à l'étranger pour avoir accès à la gestation pour autrui est problématique[433].

Les observations qui précèdent démontrent les inconvénients de la mise en œuvre du système actuel de règles de conflit à l'occasion d'une gestation pour autrui. Cette appréciation ne peut pas être complétée sans aborder la pertinence d'autres règles de conflit proposées. Une des autres voies préconisées fut de consulter les règles de conflit relatives à l'adoption.

3. L'adaptabilité des règles de conflit en matière d'adoption

Les similitudes de la gestation pour autrui avec l'adoption ont amené d'aucuns à envisager l'application des règles de conflit relatives à cette institution[434]. Le régime actuel relatif à l'adoption internationale résulte des dispositions législatives édictées en 2001 et de la Convention de la Haye du 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. En droit français, l'article 370-3 du Code civil réserve une place à la loi de l'adoptant et en cas d'adoptants mariées, à la loi régissant les effets de leur union. L'adoption ne peut pas être prononcée si elle est prohibée par la loi nationale du mineur[435]. On a avancé à l'appui de cette proposition que les filiations par assistance médicale à la procréation font partie des filiations volontaires. La volonté constitue, selon cette position, le pilier de ces filiations parce qu'elles reposent sur l'expression du consentement des personnes participantes[436]. De plus, les deux institutions ont –malgré leurs différences– en commun le fait qu'elles visent à répondre au souhait des gens d'avoir une descendance. Selon cette logique elles doivent être considérées comme relevant de la catégorie des filiations adoptives[437]. La proposition ne

[433] BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit International Privé, partie spéciale*, t. II, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014, pp. 256-258, n° 780.
[434] SALAMÉ Georgette, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, (préf. Horatia Muir Watt), PUAM, 2006, p. 282.
[435] V. *supra* chapitre 2.
[436] SALAMÉ Georgette, *ibid.*.
[437] SALAMÉ Georgette, *Le devenir de la famille en droit international privé*…, *op.cit.*, p. 263, n°409.

peut pas être acceptée bien que les mécanismes de coopération instaurés dans le droit international de l'adoption puissent avoir une certaine utilité, comme nous le constaterons ultérieurement[438]. Examinons toutefois les arguments avancés en sa faveur et la critique qu'on lui a apportée.

L'adoption présente des affinités de structure avec la gestation pour autrui en ce qu'elle implique aussi une pluralité des personnes. En cas d'adoption, les personnes impliquées sont les adoptants et la mère naturelle et encore son mari ou son compagnon tandis qu'en cas de gestation pour autrui on q d'un côté la personne ou le couple désirant devenir parents et, de l'autre côté la mère porteuse, souvent mariée. En raison de la similarité de configuration des deux institutions, on a pu non seulement soutenir que la règle de conflit en matière d'adoption était adaptée, mais qu'elle conduisait de surcroît à une localisation satisfaisante parce qu'elle prenait en considération tous les intéressés[439]. Il y a une part de vérité dans cette affirmation, car la règle de conflit en matière d'adoption prend bel et bien en considération les liens de certaines des personnes impliquées avec un certain ordre juridique ; mais l'assertion dans son ensemble n'emporte pas l'adhésion. Les règles de conflit en matière d'adoption réservent une place importante aux parents d'origine. Puisque les parents d'intention ont un lien plus fort avec l'enfant né de la gestation pour autrui –qui est aussi dû au lien génétique avec cet enfant– que les parents d'origine avec l'enfant adopté, il semble que le centre de gravité est à plus forte raison du côté des parents d'intention. Avoir recours aux règles de conflit en matière d'adoption aboutirait à reconnaître une place démesurée à l'époux ou le compagnon de la mère porteuse, qui n'a en principe aucun lien génétique, ou affectif avec l'enfant né, contrairement au père d'un enfant qui sera adopté. Ensuite, leur utilisation aboutirait à méconnaître la place centrale de la femme qui porte l'enfant, d'un côté, et celle du pays où se déroule le procédé pendant neuf mois, de l'autre. La loi nationale des parents d'intention ne peut pas être considérée comme celle qui présente les liens les plus étroits avec le rapport en cause, ou du moins plus étroits que ceux du pays où le processus a eu lieu. La législation de ce dernier pays, au moins, devrait être prise en considération dans la mesure où tous les participants ont songé à son application. Par ailleurs, faire primer la loi des parents d'intention peut être à l'origine de comportements malveillants de leur

[438] Dans un tel sens v. TRIMMINGS Katarina, BEAUMONT Paul, « International Surrogacy Arrangements : An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level », *Journal of Priv. Int'l L*, vol. 7 n° 3, déc. 2011, pp. 629-647, spéc. pp. 636 et *seq*.

[439] En ce sens v. TRIMMINGS Katarina, BEAUMONT Paul, « International Surrogacy Arrangements : An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level », *Journal of Priv. Int'l L*, Vol. 7 No. 3, décembre 2011, pp.629-647, spéc. p.638.

part, par exemple dans le cas de la naissance d'un enfant handicapé. L'application de leur loi personnelle exclurait l'application d'une législation reconnaissant le lien de filiation entre eux et l'enfant. En conséquence, cette solution se fait aux dépens des considérations de proximité de base.

Les arguments avancés ne suffisent donc pas pour lever les réserves, qui peuvent être exprimées à l'encontre de cette proposition. À regarder de plus près les deux institutions, l'équivalence de leurs fonctions n'est pas si évidente. Certes, dans les deux cas le problème principal est celui de la création d'un lien de filiation. Nous sommes donc dans le domaine du statut personnel mais plusieurs différences existent. Une première tient en ce qu'en matière d'adoption le lien de filiation créé repose exclusivement sur une réalité juridique, contrairement à la gestation pour autrui où l'intention constitue certes un fondement du lien mais le plus souvent cet élément est corroboré par l'existence d'un lien génétique avec l'une au moins des personnes ayant formé le projet parental. Une deuxième différence importante existe par rapport aux buts des deux institutions. Par l'adoption, on vise à trouver une famille ou un foyer pour un enfant abandonné ou orphelin[440]. Par la gestation pour autrui, des adultes aspirent à avoir une descendance qui sera le plus souvent génétiquement liée à eux. Dans le deuxième cas, une relation biologique existe entre les personnes impliquées et l'enfant bien avant sa naissance. Cette relation est révélatrice d'un investissement psychologique considérable de la part des parents d'intention. Un lien pareil n'existe pas, en principe, lors des procédés d'adoption. Certes, lorsque la gestation pour autrui s'effectue sans l'apport génétique des parents intentionnels, la situation présente plus d'affinités avec l'adoption. Cependant, là aussi l'investissement psychologique du couple à l'origine du projet parental est la règle. La place des parents d'intention est donc différente de celle des adoptants. En conséquence, les liens entretenus entre les parents d'intention et un pays donné doivent avoir un rôle plus significatif que celui attribué aux liens respectifs d'un couple d'adoptants.

De surcroît, les raisons du déplacement d'un couple souhaitant adopter en dehors du pays de sa domiciliation sont aussi fréquemment différentes de celles d'un couple ayant recours au procédé de la gestation pour autrui. Dans le premier cas, l'adoption en tant qu'institution est admise dans le pays d'origine. Le déplacement est effectué, soit en raison du nombre insuffisant d'enfants adoptables, soit en raison de la longueur et de la difficulté des procédures, qui ne garantissent pas l'issue finale. Dans le cas de la gestation

[440] En ce sens v. aussi BORTOLOTTI Karen, *Les effets en France d'une procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger*, mémoire sous la direction de J. Foyer, Univ. Panthéon-Assas Paris II, 2000, spéc. p. 94.

pour autrui, le couple traverse les frontières des pays le plus souvent pour éviter un cadre juridique restrictif. Cela signifie, que dans l'état actuel de la législation française, la transposition de ces règles de conflit en matière de gestation pour autrui aboutira au rejet systématique de l'établissement d'un lien de filiation adoptive. En effet, dans les cas portés devant les juridictions françaises, les personnes intéressées seront le plus souvent de statut personnel prohibitif.

Un inconvénient additionnel de cette règle de conflit résulte des objectifs poursuivis par celle-ci. La règle de conflit française est révélatrice de la faveur pour l'institution de l'adoption. Toutefois, une place est réservée dans ce système de solutions aux règles de droit matériel des pays ne la permettant pas. Cette place est ménagée pour prévenir la création d'adoptions boiteuses[441]. Même si cet objectif peut aussi être considéré comme légitime, dans le cas de la gestation pour autrui, l'efficacité de la règle de conflit de l'adoption pour les cas de maternités de substitution est incertaine. Cela tient à ce que la règle de conflit française fonctionnera nécessairement *a posteriori*, vu la position restrictive de France quant à ce procédé. Les personnes intéressées n'entreprendront pas de recourir aux juridictions françaises préalablement au recours à la gestation pour autrui. En conséquence, la question ne sera posée devant les juridictions françaises qu'une fois la situation boiteuse créée. Le seul apport d'une telle règle serait donc purement hypothétique. Elle remplirait une fonction informative préventive pour les couples envisageant de recourir à une gestation pour autrui à l'étranger. Il s'agirait plutôt d'une norme de comportement, pouvant couvrir les demandes d'adoption de l'enfant par l'un des deux, ou par l'un et l'autre des deux membres du couple après la réalisation du processus. Une telle règle conduisant au rejet systématique de l'établissement de la filiation pour les couples de nationalité française ayant recouru à ce processus est inéquitable. Une telle solution aprioristique et absolue est condamnable, parce que, d'une part, elle est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne peut qu'être apprécié *in concreto*, et d'autre part parce qu'elle est en contradiction avec les solutions du droit positif français. Celles-ci conduisent actuellement au moins à la reconnaissance du lien du père dans le couple des parents d'intention malgré la réticence à reconnaître un tel lien pour la mère d'intention. Ainsi, même si l'on souhaite empêcher la reconnaissance du lien juridique des parents d'intention avec l'enfant, il est préférable, une fois la question de la filiation soulevée devant les juridictions françaises, d'utiliser l'article 311-14 du Code civil. Cet article permet plus de flexibilité. Cela étant, il est impossible de cerner un

[441] BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit International Privé, partie spéciale*, t. II, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014, p. 251, n° 773.

objectif de justice matérielle ou de droit international privé à même de justifier l'utilisation des règles régissant les aspects internationaux de l'adoption.

D'ailleurs, le scepticisme à l'égard de cette solution se renforce du fait que celles-ci ont été édictées en vue de circonstances différentes de celles de la gestation pour autrui. La France est favorable à l'institution de l'adoption et elle est défavorable à la pratique de la gestation pour autrui. Ensuite, le pays d'origine de l'enfant peut soit être favorable à l'adoption, soit l'interdire. En revanche, en ce qui concerne le pays d'origine de l'enfant issu d'une gestation pour autrui, l'ordre juridique où le processus se déroule est presque toujours favorable. Plus encore, le système de solutions mis en place pour la réglementation de l'adoption internationale et plus précisément par la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale tendait à assurer le respect de l'autorité de la loi des pays étrangers, notamment de ceux qui interdisaient l'adoption. C'est là le résultat d'un compromis atteint au sein de la Conférence de La Haye, dans le but de faciliter l'adhésion de plusieurs pays à la convention et d'assurer son bon fonctionnement. C'est la raison pour laquelle la France a accepté une règle assurant le respect des lois étrangères prohibitives. En l'espèce, la transposition de cette règle en matière de gestation pour autrui semblerait s'accorder avec la politique du droit substantiel du for, mais son application irait au-delà de ce qui était voulu par rapport à l'adoption internationale. Nous pensons donc que cette solution doit être rejetée, notamment en raison du caractère absolu des résultats auxquels elle conduit[442].

Regardons maintenant si le système de droit international privé grec s'adapte mieux aux liens de filiation noués par des couples de personnes de même sexe qui ont recouru à une procréation médicalement assistée.

B. LE SYSTÈME GREC FACE À L'ACCÈS DES COUPLES DE MÊME SEXE À LA PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

L'accès des couples d'hommes et de femmes à des techniques d'assistance médicale à la procréation se répand rapidement. Des cas de personnes ayant eu recours à ces

[442] Il est intéressant d'ajouter que la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale dans ses conclusions et recommandations inclus dans le rapport du juin 2010 considère comme « *inappropriée l'utilisation de la Convention dans les cas de maternité de substitution à caractère international* » [n° 25] <http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_f.pdf> dernière visite le 12.10.2016.

techniques pour obtenir des enfants par une voie médicalisée font de plus en plus souvent la une des médias[443]. Ci-après, nous nous limiterons à l'une de ces options, celle des couples de femmes. Le choix a été dicté par le fait que cette possibilité est admise, par certains pays, dont le nombre ne cesse pas d'augmenter. Nous avons présenté ci-dessus[444] trois pays, dont le cadre juridique a institué une parenté *ex lege* en faveur de la partenaire d'une femme lorsque les deux ont recours conjointement à une technique de procréation médicalement assistée[445]. Ces législations pourront être dans les années à venir à l'origine de problèmes de droit international privé. De tels problèmes ont déjà vu le jour[446]. Avant de présenter la forme que ces conflits de lois peuvent revêtir, nous présenterons l'adaptabilité problématique des règles de conflit et d'autres méthodes du droit international privé face aux schémas de conjugalité et de parenté inédits. Nous commencerons par l'aptitude des lois de police à apporter de réponses aux problèmes posés (1) et de celle des règles de conflit (2).

1. L'adaptabilité du mécanisme des lois de police

L'ordre juridique grec n'est pas encore, à quelques exceptions près[447], confronté frontalement à des situations impliquant le recours d'un couple de femmes à une procréation médicalement assistée. Nous examinerons ultérieurement en détail les circonstances dans lesquelles la question du lien de filiation a été posée. Il importe toutefois de noter déjà que les autorités ont à deux reprises refusé la reconnaissance d'un double lien de filiation monosexué[448]. Ce résultat n'étonne pas, étant donné que l'ordre juridique grec est en recul par rapport aux autres pays de l'Union européenne en ce qui concerne la protection des droits de couples de même sexe. Le pays n'a que très

[443] V. p. ex. le très médiatisé cas du célèbre chanteur Elton John et de son compagnon qui ont eu des enfants en ayant recours à une gestation pour autrui.
[444] V. chapitre 1, section 1§ 2, pp. 59 et *seq.*
[445] V. aussi le cas d'Espagne dans QUIÑONEZ ESCÁMEZ Ana, « Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé », *RIDC* 2012, pp. 57-91, spéc. pp. 68-74.
[446] DAUDENS Florent, « Le fils de deux mères françaises est-il français ? », publié le 08 novembre 2007 consulté dans : <http://www.rue89.com/rue-des-erables/2007/11/08/le-fils-de-deux-meres-francaises-est-il-francais>dernière visite le 12.10.2016.
[447] V. TPI d'Athènes 2129/2011 [non publiée – en grec]. Nous tenons à remercier M. Pantelis RAVDAS, avocat pour nous avoir confié les informations sur cette décision, note par VAIOULI Marousso, POURI Panayiota, PISKOPANI Anna-Maria, RAVDAS Pantelis, *Chroniques du Droit privé*, 03/2015. Dans cette affaire il s'agissait d'un couple d'hommes de nationalité grecque ayant procédé à l'adoption d'un enfant en Belgique qui ont tenté de faire reconnaître cette décision en Grèce. Le tribunal a refusé la reconnaissance de cette décision sur le fondement de l'ordre public international. V. dans le chapitre 5 un cas concernant deux femmes ayant eu recours à une procréation médicalement assistée en Espagne.
[448] V. ci-dessous, chapitre 5.

récemment étendu le droit de conclure un pacte de cohabitation aux couples de même sexe suite à sa condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en novembre 2013[449]. Au demeurant, la question de l'adoption par des couples de même sexe n'a guère été posée. D'ailleurs, le fait que l'accès à la procréation médicalement assistée soit ouvert seulement en raison d'une nécessité médicale exclut en principe le recours de couples de femmes. De plus, après un arrêt de la Cour d'appel d'Athènes[450] renversant une décision accordant une autorisation pour une gestation pour autrui à un homme célibataire, il est clair que les hommes célibataires sont exclus du recours à ce procédé. Il est permis de penser que la volonté d'empêcher des hommes vivant en couple avec un autre homme d'avoir recours à la gestation pour autrui a influencé la prise de cette décision.

En dépit toutefois de ce contexte juridique, il existe aussi en Grèce des enfants qui grandissent au sein des familles composées par deux personnes de même sexe. Il faut aussi rappeler que le droit grec n'exclut pas l'accès à la procréation médicalement assistée aux femmes célibataires. Et les données existantes relatives au contrôle des centres et des cliniques par l'Autorité grecque de la procréation médicalement assistée font penser qu'on ne vérifie pas systématiquement l'existence d'un problème d'infertilité, condition nécessaire pour l'accès à une procréation médicalement assistée[451]. Il est dès lors logique de penser qu'en pratique des couples de femmes arrivent à avoir des enfants même par procréation médicalement assistée effectuée en Grèce. Le droit n'empêche donc pas activement la création et le fonctionnement des familles homosexuelles. Cette attitude passive du législateur dans ce domaine, comme dans tout autre domaine d'activité, n'est pas dénuée d'importance. Le silence du législateur est un critère parmi d'autres qu'il faut prendre en considération chaque fois qu'il faut interpréter la position du droit sur une question précise. Cela dit, nous pensons qu'une politique restrictive visant à empêcher la constitution ou la reconnaissance d'un lien de filiation devrait le faire de manière explicite. Et bien qu'on observe que la reconnaissance d'un lien de filiation noué avec un couple de même sexe est en principe incompatible avec les conceptions juridiques et sociales dominantes en Grèce, on note que l'intérêt de l'enfant devrait finalement permettre cette reconnaissance[452]. Étant donné que l'intérêt de l'enfant a une place

[449] Loi n° 4356/2015 portant sur le partenariat de cohabitation, sur l'exercice des droits et sur des dispositions pénales et d'autres dispositions, *JO* A' 181/24.12.2015.
[450] L'Aréopage est la juridiction suprême grecque.
[451] V. *supra* chapitre 1, p. 45.
[452] PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec : les principes de l'égalité et de l'intérêt de l'enfant », version revue et augmentée de la contribution au colloque « Droit de la

centrale au sein de l'ordre juridique grec, avoir recours à un mécanisme de lois de police conduisant au rejet automatique d'un lien de filiation en faveur d'un couple de même sexe ne semble pas être une réponse appropriée aux problèmes susceptibles d'apparaître.

Au demeurant, la critique exprimée à l'encontre de la méthode de lois de police dans le contexte de l'ordre juridique français pour la gestation pour autrui doit aussi être transposée en l'espèce. Pour reprendre l'un des arguments de cette critique, rappelons qu'une loi de police dont la teneur est difficile à déterminer, n'est pas apte à fournir des réponses à la multitude de questions susceptibles de surgir suite au recours d'un couple de même sexe à la procréation médicalement assistée. Pour toutes ces raisons il est expédient d'exclure l'existence d'une loi de police pour des cas où les juridictions grecques devraient se prononcer sur l'existence d'un double lien de filiation monosexué créé à l'étranger à la suite d'une assistance médicale à la procréation.

Il convient donc de porter notre regard sur la règle de conflit.

2. L'adaptabilité des règles de conflit en matière de filiation

L'interrogation menée pour les règles de conflit dans le contexte d'une gestation pour autrui doit être reprise ci-après pour se prononcer sur l'aptitude des règles de conflit à satisfaire les objectifs d'un ordre juridique prohibitif. Il faut ainsi vérifier si les règles de conflit existantes revêtent ces traits considérés aptes à promouvoir les considérations qui sont propres au droit international privé. Il est alors de nouveau question de l'aptitude localisatrice des règles de conflit. Pour répondre à cette question, il faut examiner la structure des rapports créés par le recours d'un couple de femmes à une technique d'assistance médicale à la procréation. L'exercice est requis en ce que les paramètres relatifs à la structure des rapports qui se nouent, peuvent être révélateurs d'un lien significatif avec un ordre juridique donné.

Le cas de figure examiné est celui d'une famille formée par deux femmes et d'un ou plusieurs enfants. Cette structure comme celle d'une famille traditionnelle implique un schéma de deux parents avec un, deux ou plusieurs enfants. Il existe dès lors dans ce rapport trois personnes qui doivent être prises en considération lors de la recherche de la loi ayant les liens le plus étroits. Face à une telle configuration des relations une règle de conflit équilibrée doit garantir que la place de l'une des deux partenaires ne soit pas inférieure à celle de l'autre. Si le rôle attribué à l'une pour la désignation du droit

famille et des successions en Grèce et au Liban » au Conseil juridique de l'État à Athènes, le 27 avr. 2015 (à paraître), n° 12.

applicable n'a pas le même poids que celui de l'autre, la règle de conflit sera inégalitaire. Même à supposer que le rôle de deux femmes au processus de procréation n'est pas le même, il est inéquitable de soutenir la prééminence de la femme qui porte l'enfant à l'égard de la femme qui offre son matériel génétique ou qui s'engage dès le début dans le projet parental. La prise en considération des liens que l'une de deux femmes présente avec un pays ne doit pas changer selon qu'elle est celle qui accouche ou pas. Cela est nécessaire lorsque l'implication de la personne en cause au projet parental est caractérisée. La preuve du rôle actif sera apportée dans les pays autorisant l'accès aux couples de femmes par le consentement écrit fourni au moment de l'initiation du processus. Les deux femmes devront être traitées de la même manière pour les besoins de la construction ou de l'interprétation d'une règle de conflit dans la mesure où les deux se sont engagées de manière officielle dans un processus conduisant à la naissance d'un enfant. L'engagement, sera dans un grand nombre de cas révélateur d'un investissement psychologique, financier, et personnel de poids.

En dehors des personnes participant au processus, un autre paramètre dans le cas d'assistance médicale à la procréation qui manque dans l'hypothèse des familles se construisant par voie charnelle, est la clinique ou le centre où l'assistance médicale à la procréation a pu avoir lieu. À première vue, le centre de procréation assistée et le pays où il est situé ne devraient pas retenir l'attention en tant que paramètre pertinent pour la localisation du rapport de droit parce que celui-ci pourrait coïncider avec le pays de résidence du couple. En outre, lorsque le lieu de la résidence du couple sera différent du lieu où le centre se situe, son choix sera fait en raison de la législation qui régit son activité. En principe, cette donnée peut donc être considérée d'une importance négligeable pour la localisation des rapports qui seront créés. Il ne faut cependant pas exclure que, dans certaines circonstances, elle doive être prise en considération. Il sera ainsi lorsque la procréation médicalement assistée s'effectue avec l'apport d'une tierce personne dont l'identité peut ou non être connue. L'importance dans ce cas, du centre pour la localisation des rapports en question découle du fait que le donneur ayant fourni son matériel génétique l'a fait en ayant en vue les dispositions du droit de filiation du pays où le centre est situé. Les personnes ayant eu recours au matériel génétique d'un donneur ou d'une donneuse auront la même attente. En revanche, elles ne seront pas légitimes à penser que la législation de leur résidence habituelle sera applicable si elle est située dans un pays autre que celui où le centre se trouve. Il sera ainsi au moins pour ce qui concerne les dispositions relatives à la filiation pouvant affecter aussi la tierce personne. D'ailleurs,

le procédé d'assistance médicale à la procréation se déroule en principe selon les règles du pays où le centre est situé[453]. Les règles relatives à l'assistance médicale à la procréation –au moins celles qui ont un caractère technique et s'adressent au corps médical– sont d'application territoriale[454]. Cette conviction semble être partagée par les responsables de ces centres qui pensent que leur activité soit régie par le droit du pays où ils ont leur siège[455]. Dans le domaine que nous examinons la territorialité pour ce qui concerne les conditions d'accès à l'assistance médicale doit être entendue dans le sens que leur applicabilité se limite aux seules situations localisées au même pays que la clinique. Toutefois, les dispositions anglaises relatives à la réglementation de la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui couvrent également des processus ayant eu lieu dans un pays étranger[456].

La législation suédoise offre un exemple de système dans lequel le lieu où est effectuée la procréation médicalement assistée est un élément déterminant. Comme il a été expliqué dans le premier chapitre[457], la création en Suède de la parenté en faveur de deux femmes nécessite entre autres conditions que l'insémination artificielle ait lieu dans un hôpital public du pays. Le lieu de la réalisation du processus est donc déterminant dans ce cas pour l'attribution de la parenté et le couple de femmes faisant ce choix sera en principe conscient de cette règle. Ainsi, dans ces cas de figure le fait que le procédé soit effectué dans un centre précis est un paramètre pouvant créer des atteintes légitimes relatives à l'application d'une législation spécifique. C'est la raison pour laquelle on pense que le pays où le centre d'assistance médicale à la procréation est situé peut être l'un des paramètres pertinents pour la localisation du rapport de droit en cause. D'ailleurs, dans le cas où le recours à un donneur est requis, l'implication directe d'une tierce personne, que ce soit sur le plan de la filiation ou plus généralement sur le plan des droits « parentaux », intensifie le lien des rapports tissés avec ce pays[458].

---

453 V. toutefois, l'idée de M. SINDRES qui semble soutenir que l'application des dispositions relatives à la procréation médicalement assistée dépend de la mise en œuvre des règles de conflit : SINDRES David, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015, pp. 429-504.

454 La même opinion a été également exprimée en Grèce à propos de l'article 1464 du Code civil : PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec… », *op. cit.*, *supra*, n° 16.

455 V. toutefois sur le caractère équivoque de l'expression PATAUT Étienne, « Territorialité et coordination en droit international privé, L'exemple de la sécurité sociale », in *Mélanges Pierre MAYER*, L.G.D.J./LEXTENSO Éditions, Paris, 2015, pp. 663-677, spéc. pp. 665-666.

456 La *section* 54 (10) LFEH prévoit que la règle anglaise relative à la filiation s'applique aussi dans le cas où la mère porteuse n'était pas en Angleterre au moment du transfert de l'embryon.

457 V. chapitre 1, p. 76.

458 En dehors de la pertinence de la législation de ce pays pour la réglementation des liens de filiation, elle peut comporter aussi des dispositions sur des questions comme celle du droit de visite. Il est possible qu'elle prévoie un droit de visite en faveur des donneurs dont l'identité est connue, par exemple.

Enfin, un autre paramètre sur lequel il faut porter notre regard est l'élément subjectif dans la formulation d'un projet parental qui aboutit à la naissance d'un enfant, et à la construction du rapport de filiation. Le fait que deux personnes se soient mises d'accord –à supposer que leur consentement ne soit pas vicié– et qu'elles se soient placées sous l'emprise d'une certaine loi leur permettant de réaliser ce projet parental, ne peut pas être tenu comme une donnée indifférente. L'expression de cette volonté jouera parfois un rôle déterminant à la création des liens de filiation.

L'examen de ce dernier paramètre de la configuration des liens de filiation en faveur de deux personnes de même sexe et de ceux qui viennent d'être examinés conduit à l'observation qu'il n'existe pas de changement radical des points de contact à consulter –si l'on compare avec ceux concernant la parenté d'un couple hétérosexuel– pour la démarche de localisation. Il y aura deux personnes potentiellement avec de nationalités différentes, le lieu de la résidence habituelle des parents, le lieu de naissance de l'enfant qui coïncidera dans un grand nombre des cas avec le lieu de réalisation du processus de procréation médicalement assistée. Dès lors il est possible de suggérer que le système des règles de conflit existant conçu pour l'établissement de la filiation conduise à des solutions satisfaisantes. Regardons toutefois de près ces dispositions.

Les règles de conflit grecques relatives à la filiation sont situées dans le Code civil. Le choix de la règle de conflit désignant le droit applicable à l'établissement de la filiation dépend de l'existence d'un lien marital entre les personnes impliquées. Les règles en matière de filiation reposent encore –malgré l'évolution du droit matériel grec– sur la dichotomie entre filiation légitime et filiation naturelle. Elles incarnent la vieille conception du droit de la filiation qui comprend l'établissement de la filiation d'un enfant essentiellement dans le contexte du mariage. Ainsi l'article 17 du Code civil concernant la question de la filiation dans le mariage prévoit que : « *La qualité d'enfant comme né dans le mariage est déterminée d'après le droit qui régit les rapports personnels de la mère et de son époux, lors de la naissance de l'enfant ou de la dissolution du mariage, si leur mariage a été dissous avant la naissance*»[459]. Cette disposition doit être combinée avec celle de l'article 14 du Code civil grec qui prévoit que : « *Les rapports personnels des époux sont régis dans l'ordre suivant : 1. par le droit de leur dernière nationalité commune durant le mariage, si l'un d'eux la conserve ; 2. par le droit de*

[459] V. la traduction du Code civil in MAMOPOULOS Pierre, (mise à jour par) TSITSEKLIS-SOURIADAKIS Mitsa, *Code civil hellénique*, Éditions ANT. N. SAKKOULAS, Athènes-Komotini, 2000, p. 4 et s. La phrase « *comme né dans le mariage* » utilisée en tant que telle dans le Code civil grec vise un enfant couvert par la présomption découlant du mariage.

leur dernière résidence habituelle commune durant le mariage, 3. par le droit auquel les époux sont le plus étroitement liés ».

Ces dispositions ont été adoptées à une époque où l'apparition de nouvelles formes de famille grâce aux nouvelles technologies d'assistance à la procréation n'a pas pu être envisagée. En conséquence, les règles de conflit en vigueur ne sont pas confectionnées dans l'objectif de régir le lien de filiation d'un enfant né du projet parental d'un couple de femmes ou plus généralement un lien de filiation tissé suite à une procréation médicalement assistée. Ce fait génère des doutes quant à leur application dans un tel contexte. Un premier problème quant à leur application est lié aux termes même des règles de conflit, dont l'application ou la consultation est envisagée. Ces règles de conflit visent en principe le lien de filiation paternel. À supposer toutefois que le juge ait recours à celles-ci, leur application ne crée pas de problème pour la poursuite d'une politique restrictive parce que le juge peut toujours écarter une loi permettant la reconnaissance de ces liens de filiation au nom de l'ordre public international.

Il faut toutefois prendre en considération une proposition alternative pour la désignation du droit applicable dans ce contexte. Celle-ci a été formulée comme réponse à la question du droit applicable à l'établissement du lien de filiation maternelle dans le cadre d'une gestation pour autrui[460]. Elle consiste à recommander l'application de la loi du pays de la naissance de l'enfant et elle sera examinée plus en détail ultérieurement. Il convient toutefois de noter que cette proposition fera coïncider avec le droit de la résidence habituelle du couple qui dans un nombre des cas sera également le celui où le centre de procréation médicalement assistée aura son siège. Des inconvénients pourront néanmoins surgir dans le cas où la femme inséminée déménage vers un pays qui ne reconnaît pas un double lien de filiation monosexué dans l'objectif de priver sa compagne de tout lien de filiation.

Il ressort de l'analyse qui précède, que les éléments de rattachement des règles de conflit examinées ne prennent pas en considération dans leur structure des éléments qui ont une importance pour la localisation de ces nouveaux types de filiation et qui peuvent créer des attentes légitimes quant à l'application d'une législation donnée. Ce constat n'est pas heureux parce qu'il est de nature à conduire à des solutions absolues et rigoureuses sur le plan de liens de filiation. La localisation sur laquelle s'appuient ces règles de conflit n'est pas suffisamment convaincante à elle seule pour conduire à une législation refusant la consécration d'un lien de filiation au moment ou un autre droit

[460] PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec … », *op.cit.*, n° 16.

ayant un lien aussi étroit consacrerait le résultat inverse. Il en est certes autrement si le refus est corroboré par des considérations d'ordre public. Toutefois, dans ce cas il n'est pas nécessaire d'avoir recours à l'intermédiaire d'une règle de conflit. Cette dernière observation nous amène à penser que la résolution des problèmes de ce type ne peut qu'impliquer dès le début des considérations de nature substantielle plus que conflictuelle.

Au demeurant, contrairement aux lois de police, les règles de conflit laissent une marge au juge pour adapter le résultat de leur application en adoptant une interprétation souple pouvant amener à une législation prenant en considération les subtilités de nouveaux processus. En outre, le jeu des règles de conflit de filiation en Grèce et en France n'est pas de nature à compromettre une politique de droit substantiel qui peut être considérée comme restrictive. Le jeu de l'ordre public permet dans tous les cas d'évincer ce qui heurte les principes essentiels ou fondamentaux du pays dans lequel la question de la filiation se pose. Récemment d'ailleurs l'Aréopage a envisagé l'application de la Convention européenne des droits de l'homme pour écarter le résultat inéquitable des règles de conflit grecques[461]. Les juges ont considéré les arguments d'un demandeur soutenant que le refus de reconnaissance d'une adoption étrangère au motif que les juges étrangers n'ont pas appliqué le droit désigné comme applicable par les règles de conflit grecques[462] serait contraire aux articles 8 et 14 et à l'article 1 du premier protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme. La question, en raison de son intérêt, a été renvoyée à l'Assemblée plénière de l'Aréopage. Indépendamment du résultat auquel aboutira l'Assemblée plénière, l'affaire montre aussi que les règles de conflit sont un mécanisme plus flexible que celui des lois de police.

Il faut à présent examiner comment les différents mécanismes s'adaptent en vue d'une politique qui se veut libérale ou permissive.

§ 2. Adaptabilité des mécanismes dans un ordre juridique libéral

L'interrogation relative à l'adaptabilité des règles de conflit et des mécanismes du droit international privé révèle d'autres problématiques au sein d'un ordre juridique ayant

[461] AP 818/2014, *ChrID* 2015, p. 117. La 3ème chambre a renvoyé toutefois le problème devant l'Assemblée plénière.
[462] Cette condition de reconnaissance des décisions étrangères de juridiction gracieuse est prévue par l'article 780 du Code de procédure civile grec.

ouvert la voie à un procédé d'assistance médicale à la procréation. Dans ces ordres juridiques permissifs l'objectif de la réglementation de droit international privé est souvent non seulement à traiter les problèmes qui apparaissent mais aussi d'attirer des personnes à la recherche d'un traitement procréatif. Nous allons par la suite examiner en particulier comment le système de solutions du droit international privé grec s'adapte à la question de la gestation pour autrui (A) et comment le système français gère la question de la procréation médicalement assistée (B).

A. LE SYSTÈME GREC FACE À LA GESTATION POUR AUTRUI

Bien que la Grèce ne constitue pas une destination attirant massivement des personnes intéressées par la gestation pour autrui comme c'est le cas de l'Inde ou de certains États des Etats-Unis, il existe un nombre croissant d'affaires portées devant les tribunaux grecs impliquant un déplacement transfrontalier à des fins procréatives[463]. Malgré cela, les juges n'ont fait dépendre leur solution à l'application d'une quelconque règle de conflit qu'exceptionnellement[464]. Dans la grande majorité des affaires ils appliquent le droit grec sans appuyer leur choix sur un quelconque raisonnement de droit international privé[465].

Nous avons expliqué les doutes relatifs à la nécessité de faire intervenir une règle de conflit dans le cadre de l'autorisation demandée auprès du tribunal grec en raison de l'objet et de la nature de la procédure[466]. Toutefois, comme nous l'avons expliqué, la nécessité d'application et de consultation des règles de conflit peut surgir dans un contexte autre que celui de la demande d'autorisation. De plus, dans trois affaires –déjà mentionnées– de demande d'autorisation d'une gestation pour autrui les juges raisonnent en termes de règles de conflit.

L'étude de ces affaires qui aboutissent toutes *in fine* à l'application du droit substantiel grec est un des éléments de l'appréciation du bien-fondé de l'intervention des règles de conflit grecques non seulement au stade d'une autorisation d'une gestation pour autrui mais aussi à tout autre moment (1). L'appréciation portera également sur les règles de conflit en matière d'adoption (2). On constatera qu'aucune de ces règles de conflit ne présente une valeur ajoutée en matière de gestation pour autrui à caractère international.

463 V. chapitre 2, §2A.2., pp. 125-127.
464 *Ibid.*
465 *Ibid.*, p. 126.
466 V. chapitre 2, p. 126.

Elles échouent aussi bien en termes de localisation, de sécurité juridique que par rapport aux objectifs que le pays poursuit. Commençons par les règles de conflit en matière de filiation.

1. L'adaptabilité des règles de conflit en matière de filiation

Nous avons présenté ci-dessus les règles de conflit en vigueur en matière de filiation. Malgré le fait que ces règles n'ont pas évolué depuis un moment, le Tribunal de première instance d'Iraklion n'a pas hésité à s'en servir au moment de statuer sur une demande d'autorisation d'une gestation pour autrui[467]. La décision du Tribunal de première instance d'Iraklion est une des premières à caractère international dans laquelle les règles de conflit grecques ont été mises en œuvre[468]. En l'espèce, un couple d'Italiens, dont l'épouse a dû subir une hystérectomie en raison de cancer a eu recours aux services d'une tierce femme –également de nationalité étrangère– pour réaliser la gestation pour autrui. Un accord écrit avait été conclu entre les personnes impliquées selon lequel la femme sollicitée allait porter, sans contrepartie financière, l'enfant conçu avec les gamètes du mari et ceux d'une autre donneuse. Par la suite la mère d'intention a déposé une demande d'autorisation devant le Tribunal de première instance d'Iraklion. Le juge a noté que la requête était recevable et fondée selon le droit grec tout en confirmant que le domicile de la requérante et de la mère porteuse était bien en Grèce[469]. Cependant, il a été amené à l'application des règles de conflit des articles 14 et 17 du Code civil désignant comme applicable le droit italien, qui était le droit de la nationalité commune du couple. L'application des dispositions n'a pas fait l'objet de justification particulière. En faveur de leur application pour la désignation du droit applicable à la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui s'est exprimé dans un autre contexte le service juridique du ministère grec de l'Intérieur dans un document du 24 novembre 2015[470]. Leur application en l'espèce a conduit à la désignation du droit italien et le juge a rendu une ordonnance enjoignant à la requérante de produire un avis de l'Institut Hellénique de Droit International et Étranger sur la teneur de ce droit. L'avis devrait selon les termes de la

[467] TPI d'Iraklion 13/16.01.2012, [non publiée – en grec].
[468] Rappelons que la décision d'autorisation de la gestation pour autrui résout aussi le problème de maternité. La femme qui obtient l'autorisation est présumée être la mère. Pour une présentation détaillée, v. le premier chapitre.
[469] Comme dans les affaires examinées dans le 2ème chapitre le juge n'a pas insisté longuement sur la preuve du domicile et n'a pas invoqué explicitement dans sa décision les moyens utilisés pour celle-ci.
[470] Le ministère était saisi suite à une question qui lui a été posée par les autorités consulaires de l'État grec en Ukraine. L'avis était produit suite à une question posée par un couple de Grecs intéressé d'avoir recours à une gestation pour autrui en Ukraine.

règle de conflit apporter une réponse à la question de savoir selon quelles conditions un enfant peut être considéré né dans le mariage. La question, dont le but était de s'informer sur la position du droit italien de la filiation à la suite d'une gestation pour autrui, était entachée d'ambiguïté [471].

Le tribunal, qui s'est réuni de nouveau après la production de l'avis fournissant l'information demandée, a écarté l'application du droit italien interdisant le recours à la gestation pour autrui pour contrariété à l'ordre public, et a accordé l'autorisation. Le raisonnement de droit international privé a donc conduit à l'application du droit grec.

La mise en œuvre d'un raisonnement de droit international privé dans une affaire présentant des éléments d'extranéité révèle un réflexe logique du juge. Les juges grecs doivent en principe en présence d'éléments d'internationalité s'interroger sur le droit applicable à la question qui leur est soumise. Il faut toutefois observer que le choix et l'application des règles de conflit n'a soulevé aucune interrogation relative à leur adaptabilité à régir des situations inédites. Aucune explication n'a été avancée pour justifier pourquoi la question posée entrait dans le champ d'application des règles choisies. Il est possible de penser que leur application ait été faite par analogie. Une telle explication était nécessaire parce que textuellement les articles invoqués ne correspondent pas au cas de figure en cause. Aux termes de l'article 17 C.civ. : « *La qualité d'enfant comme né dans le mariage est déterminée d'après le droit qui règle les rapports personnels de la mère et de son époux, lors de la naissance de l'enfant, ou lors de la dissolution du mariage, si leur mariage a été dissous avant la naissance de l'enfant* ». La disposition semble conçue pour fonctionner dans le cadre d'un contentieux ou plus généralement pour fournir une réponse à un problème qui surgit après la naissance de l'enfant. Ce n'est pas le cas de la gestation pour autrui[472]. Si on conclut à la nécessité d'un raisonnement relatif au droit applicable et à l'application des articles 17 et 14 du Code civil pour la détermination du droit applicable à la filiation, il faut que cette application de règles de conflit ne soit pas formaliste. Procéder à une application formaliste des règles de conflit est inutile parce qu'elle ne sert aucun objectif et certainement pas la finalité localisatrice, qui inspire celles-ci. Ainsi, le raisonnement mené dans cette affaire néglige la place de la gestatrice, qui était de nationalité étrangère, bien que sa présence soit révélatrice des point de contact sérieux

[471] Le juge confondait la question de la filiation et celle portant sur les conditions requises pour l'autorisation de gestation pour autrui et celle relative aux conséquences de l'inexistence de ces conditions.
[472] Pour une observation similaire v. BORTOLOTTI Karen, *Les effets en France d'une procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger*, 2000, mémoire Paris II, sous la direction de J. Foyer, **p. 23 ;** la fixation du moment de la consultation du droit applicable conduit l'auteur à rejeter l'application de la règle de l'article 311-14 aux cas d'une gestation pour autrui.

avec un ordre juridique étroitement lié avec l'affaire. Si le raisonnement empruntant les règles de conflit reste formaliste, il est inutile et superfétatoire. Et si la solution du juge est finalement en accord avec l'objectif d'ouverture de l'accès au processus, il reste que le recours systématique au mécanisme de l'ordre public pour aboutir au résultat souhaité est un indice de l'échec de la règle de conflit en l'espèce.

D'ailleurs, une application formaliste des règles de conflit a eu lieu dans deux autres décisions du Tribunal de première instance de La Canée. Dans ces deux décisions, qui suivent un raisonnement commun, une autre règle de conflit a été mise en œuvre. Présentons ce raisonnement comme il a été exposé dans l'une de ces décisions.

Les deux affaires concernaient encore une procédure visant à l'autorisation judiciaire requise[473]. En l'espèce, il s'agissait d'une femme de nationalité japonaise, mariée à un Autrichien, ayant selon la décision leur domicile à Céphalonie[474]. Le recours à la gestation pour autrui était jugé nécessaire parce que l'épouse avait subi huit avortements en raison d'une malformation congénitale de son utérus (utérus unicorne ou aplasie utérine unilatérale). Cette condition l'empêchait de mener à bout une grossesse. Un contrat a été signé avec une amie grecque qui allait porter leur enfant et une demande d'autorisation a été déposée auprès du Tribunal de première instance de La Canée, lieu du domicile de la gestatrice.

Le tribunal, ayant jugé la demande recevable et fondée en droit, a pris en considération l'élément d'extranéité de l'affaire. Cela a conduit le juge à désigner –sans motivation spéciale– comme applicable le droit japonais pour l'écarter par la suite en faveur du droit grec. L'explication de l'éviction du droit étranger a été sommaire. Le fait que le droit japonais interdise l'accès à la gestation pour autrui et prive les femmes ne pouvant pas porter un enfant de la possibilité d'en avoir un biologiquement lié à elles, a été considéré comme argument suffisant à l'appui de l'invocation de l'ordre public international.

Le fondement sur lequel le juge s'est reposé pour désigner le droit japonais applicable était l'article 5 du Code civil prévoyant que la loi applicable à la capacité juridique de la personne physique est celle de sa nationalité. Cette proposition de soumettre la gestation pour autrui à la loi personnelle de la mère d'intention se retrouve

[473] TPI de La Canée, 159/05.04.2012, [non publiée – en grec] ; Dans le même sens v. TPI de La Canée, 222/23.05.2011 [non publiée – en grec] : En l'espèce il s'agissait d'un couple d'Italiens assistées par une femme qui était aussi de nationalité étrangère.
[474] Île grecque de la mer ionienne.

en doctrine dans d'autres ordres juridiques[475]. Il n'en reste moins que le choix de cette règle est incorrect tout d'abord parce que l'interprétation dominante dans la doctrine grecque relativement à son champ d'application le conçoit de manière étroite[476]. Le choix de cette règle est d'ailleurs insatisfaisant parce que cette dernière fait abstraction du centre de gravité de la relation. L'existence de plusieurs participants, parmi lesquels notamment la mère porteuse, ne doit pas être méconnue. D'ailleurs, en l'espèce l'application combinée des articles 17 et 14 du Code civil conduirait à des résultats beaucoup plus acceptables à tous les niveaux. En l'espèce, selon ces dispositions (art. 17 § 2, 14 § 2 C. civ.), le droit grec serait applicable en tant que la loi de la dernière résidence habituelle du couple. Ainsi, le juge serait dispensé du besoin d'invoquer l'ordre public international. L'invocation facile du mécanisme ou, plus généralement, l'élasticité dans sa mise en œuvre aboutit à oublier sa fonction réelle. En droit positif, l'exception d'ordre public n'est pas déclenchée contre des lois qui refusent tel droit que notre loi accorde, et qui est plus important que l'accès à l'accès à la gestation pour autrui; a fortiori, nous ne devons donc pas déclencher notre exception d'ordre public contre une loi étrangère qui ne donne pas accès à la gestation pour autrui dans un cas où notre loi accorde cet accès. D'ailleurs, l'éviction d'une loi étrangère interdisant d'établir un lien de filiation avec la mère d'intention serait plus conforme à la conception étroite du mécanisme de l'ordre public dans le cas d'une femme ayant déjà obtenu un enfant par gestation pour autrui. Un tel scenario pourrait surgir dans le cas où une femme a eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger en violation de conditions du droit grec et son lien de filiation est contesté par son mari dans le cadre d'une procédure ouverte en Grèce portant sur la responsabilité parentale. Par contre, l'invocation, au moment d'une demande d'autorisation, de la protection de la vie familiale comme motif d'éviction de la loi étrangère empêchant l'accès au processus conduirait à un mécanisme d'ordre public aux contours très largement déterminés. Si un ordre juridique juge cet objectif primordial, il est préférable au lieu d'invoquer l'ordre public international, de dispenser le juge de l'application de la règle de conflit.

Au demeurant, la solution apportée par les décisions examinées est révélatrice de l'influence qu'exerce le droit substantiel sur les solutions du droit international privé. Les

---

[475] STRUYCKEN V.M. A. (Teun), « Surrogacy, A New Way to Become a Mother ? A New PIL Issue », in BOELE-WOELKI K., EINHORN T., GIRSBERGER D. & SYMEONIDES S. (sous la dir. de), *Convergence and Divergence in Private International Law-Liber Amicorum Kurt Siehr,* Eleven International Publishing, The Hague, 2010, pp. 357-372, spéc. pp. 370-371.

[476] GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé,* 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS, 2010, p. 122 et seq. [en grec] ; VRELLIS Spyridon, *Droit international privé*, 3ème éd., Athènes, 2008, [en grec].

juges sont guidés par leur volonté d'accorder l'autorisation. Le résultat final est à approuver. Si toutefois cette volonté va jusqu'à favoriser l'attribution d'une autorisation même à des couples ayant des liens étroits avec un ordre juridique étranger le détour par ces règles de conflit n'est pas indispensable. Les règles de conflit des articles 17 et 14 du Code civil grec ne conduiront pas toujours à la désignation d'une loi présentant de liens suffisamment étroits. Leur application en matière de gestation pour autrui peut techniquement s'expliquer sur la base d'un raisonnement par analogie parce que les termes utilisés dans la majeure des celles-ci ne correspondent pas exactement aux termes des problèmes tels qu'ils surgissent en pratique. Ces règles conduisent à des résultats satisfaisants en termes d'objectifs substantiels de l'ordre juridique grec. Toutefois, le détour par les règles de conflit afin d'aboutir à l'application du droit grec ne semble pas opportun. Leur application formaliste révèle que leur *ratio legis* est oubliée et que le juge finalement les applique seulement parce que dans sa conception il est obligé de le faire[477]. D'ailleurs, ces règles de conflit ne contribuent aucunement à la sécurité juridique. Pour toutes ces raisons, dans la grande majorité des décisions d'autorisation, les juges procèdent automatiquement à l'application du droit grec. Deux enseignements découlent de ces décisions. Le premier concerne la fonction des juges lorsqu'une question de droit applicable leur est posée. L'application formaliste des règles de conflit sans égard aux particularités de l'affaire et du rapport de droit en cause ne sert ni les objectifs du droit international privé ni ceux de l'ordre juridique qui les édicte. Le deuxième est que les règles de conflit de lois en matière de filiation qui sont actuellement en vigueur ne sont pas aptes à remplir les objectifs du droit international privé ni au stade de l'accès au procédé ni à un moment ultérieur.

La proposition de la doctrine suggérant l'application du droit du lieu de naissance de l'enfant semble toutefois mieux concilier la jurisprudence grecque en matière de gestation pour autrui avec le système des règles de conflit[478]. Cette proposition s'appuie sur la Convention n° 6 de la Commission internationale de l'état civil relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels du 1962[479]. Le premier article de la Convention prévoit que la désignation d'une femme dans l'acte de naissance d'un enfant naturel suffit –sauf preuve contraire– pour l'établissement de son lien de filiation avec cet enfant. En tirant argument de ce que l'officier de l'état civil applique la loi de

[477] Il n'existe pas d'éléments qui permettraient de penser que cette obligation de les appliquer découle d'une bonne raison qui est que l'ordre juridique auquel il appartient croit au bien fondé de l'approche conflictuelle.
[478] PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec… », *op.cit.* n° 16.
[479] Ratifiée par la loi n° 872/1979.

l'État dont il est l'organe et du fait que la disposition grecque réglementant la filiation maternelle (article 1464 C. civ.) est d'application «strictement territoriale», M. PANOPOULOS propose d'étendre l'application de cette Convention au-delà de son champ d'application matériel –confiné aux enfants naturels– et même pour des cas n'impliquant pas des États signataires. En effet, comme l'observe cet auteur régler l'établissement et la contestation de la maternité selon la loi de l'État de naissance ou de l'État où la naissance est déclarée sert mieux les intérêts des personnes impliquées dans une gestation pour autrui[480]. À l'appui de cette proposition il invoque le caractère d'ordre public de ces dispositions et leur applicabilité territoriale. Cette proposition a beaucoup de mérites et notamment le fait qu'il concilie la pratique des juges lors de l'autorisation d'une gestation pour autrui avec le système de droit international privé. Un inconvénient réside dans le fait que les autorités grecques, judiciaires ou non, n'ont pas du tout envisagé cette solution dans le petit nombre des cas où la question du droit applicable était soulevée. Le problème le plus important est néanmoins le fait que, selon cette solution, on opère une dissociation entre la règle de conflit désignant le droit applicable à l'établissement du lien maternel, celle désignant le droit applicable à l'établissement du lien de filiation paternelle –soumis aux articles 17 et 14 C. civ.– et celle désignant le droit applicable à la reconnaissance d'un lien de filiation. Cette dissociation pourrait dans certains cas conduire à reconnaître le lien de filiation de la mère d'intention mais ne pas reconnaître celui du père. Cette situation peut se produire dans le cas où la nationalité commune du couple ne le reconnaît pas comme père si ce dernier n'a pas de lien génétique avec l'enfant. La solution dans une telle circonstance serait probablement donnée en écartant le droit étranger applicable au motif d'une contrariété avec l'ordre public. Un remède à ces inconvénients pourrait provenir de l'adoption d'une règle de conflit désignant la loi de l'État de la naissance à l'établissement de la filiation de deux parents. Indépendamment de cette dernière proposition on observe les difficultés générées du système des règles de conflit grecques liées à sa complexité, au fait que le centre de gravité des rapports n'est pas pris en considération et à l'incertitude créé par rapport au droit qui pourrait être applicable dans un contentieux ultérieur.

Cette constatation nous impose d'examiner aussi l'opportunité d'utilisation des règles de conflit régissant l'adoption internationale.

480 PANOPOULOS, *ibid.*

2. L'adaptabilité des règles de conflit en matière d'adoption

L'appréciation critique de la proposition d'application des règles de conflit en matière d'adoption dans le contexte du cadre juridique français ne dispense pas de la nécessité de poser la même question à propos du cadre juridique grec. La réponse apportée pour l'ordre juridique français a une valeur relative pour un autre système. Pour un pays qui ouvre l'accès à la gestation pour autrui, l'enjeu est différent puisqu'il conserve une marge d'initiative qu'un pays de réception ne possède pas. En plus l'interrogation relative aux règles de conflits relatives à l'adoption n'est pas purement théorique parce qu'elles ont été déjà mises en œuvre dans le cadre d'une affaire de gestation pour autrui réalisée en violation des conditions légales[481]. Dès lors, l'appréciation de ces dispositions permet de former une image complète des règles pouvant entrer en jeu dans un cas de gestation pour autrui à caractère international. En outre, l'utilisation de ces règles de conflit dans un tel contexte peut fournir des arguments en faveur de leur application généralisée dans d'autres cas de requêtes d'autorisation d'une gestation pour autrui. Partant, il convient d'examiner *in concreto* la pertinence de la transposition de ces règles de conflit.

La règle de conflit en matière d'adoption est celle de l'article 23 § 1 du Code civil grec, qui dispose que : « *Les conditions de fond pour la création et la dissolution d'une adoption sont régies par le droit national de chacune des parties*. » La solution du droit grec ne se différencie pas sensiblement de celle du droit français. Elle semble faire plus de place à la loi des parents naturels et de l'adoptant. Mais en réalité, les lois étrangères désignées applicables sont fréquemment écartées sur la base d'une contrariété à l'ordre public international. L'éviction de la loi étrangère normalement applicable a également eu lieu dans le cas d'une gestation pour autrui portée à la connaissance des juges grecs[482].

En l'espèce, les requérants, un couple de Grecs mariés, ont eu recours à une gestation pour autrui à l'aide d'une femme de nationalité albanaise également mariée, mais en violation des conditions de la loi grecque. Le fait qu'ils n'aient pas obtenu d'autorisation judiciaire avant l'initiation du processus ne permettait pas le jeu de la présomption de maternité en faveur de la mère d'intention. La voie de l'adoption était

---

[481] TGI de La Canée 122/2008, [en grec] ; base de données *Nomos* ; <www.lawdb.intrasoftnet.com>, note par PANOU Chrysoula, «Panorama critique de la jurisprudence hellénique de droit international privé (année 2008)» *RHDI* 2009, p. 297 ; et l'arrêt prononçant l'adoption du TGI de La Canée 20/09.10.2008 [non publiée – en grec].

[482] TGI de La Canée 122/2008, [en grec] ; base de données *Nomos* ; <www.lawdb.intrasoftnet.com>, note par PANOU Chrysoula, «Panorama critique de la jurisprudence hellénique de droit international privé (année 2008)», *RHDI* 2009, p. 297 ; la décision définitive prononçant l'adoption est celle du TGI de la Canée 20/09.10.2008 [non publiée – en grec].

donc l'unique moyen pour établir un lien de filiation. Cela étant, les deux époux ont déposé une requête devant le tribunal de grande instance de La Canée en demandant l'adoption de l'enfant né. Lors de la procédure, les juges ont soulevé l'existence d'éléments d'extranéité, ce qui les a amenés à l'application de l'article 23 du Code civil. Selon cette règle, il fallait consulter le droit grec en ce qui concerne les conditions requises concernant les parents adoptifs et la loi albanaise pour celles concernant l'adopté. Selon le droit applicable, le consentement des parents d'origine était requis. À cette fin, les juges ont retenu le couple albanais comme parents d'origine, sans pour autant s'attarder sur la question préalable de la détermination des parents d'origine en l'espèce. Cette interrogation, qu'il semble naturel de résoudre selon ce qui se passe le plus souvent dans la pratique, a été probablement appréciée sur la base du droit grec. Ensuite, le juge en est venu à l'application du droit albanais et du droit grec pour se prononcer sur l'adoption. Ayant consulté *ex officio* la teneur de la loi albanaise en la matière, il a conclu que les conditions du droit albanais et du droit grec étaient remplies à l'exception d'une. L'autorisation d'une adoption internationale d'un enfant albanais nécessite qu'il soit inscrit dans une liste tenue en Albanie des enfants adoptables pour une période donnée afin que la possibilité d'une adoption dans ce pays puisse être exclue. Les juges ont évincé l'application de cette disposition pour contrariété à l'ordre public international (art. 33 C.civ) et ont accordé l'adoption.

Comme dans le cas des règles de conflit en matière de filiation, la confection de la règle de conflit en matière d'adoption n'a pas pris en considération l'avènement des nouvelles techniques d'assistance médicale à la procréation et des nouvelles formes de filiation. Cette observation mise à part, cette disposition pourrait en fonction de circonstances amener à une localisation satisfaisante de la situation. Cependant, comme il a déjà été observé, l'application cumulative de plusieurs lois fait primer la solution la plus restrictive. En outre, les objections qui viennent d'être exprimées par rapport aux dispositions françaises de conflit de lois valent aussi pour le cadre juridique grec. Aussi, nous sommes réticents à embrasser cette solution. Certes, l'arrêt présenté ci-dessus pourrait être interprété en tant qu'indice supplémentaire en faveur de l'application de l'article 23 § 1 du Code civil. Mais nous constatons que la décision finale fut rendue sur la base de considérations substantielles. Après une telle décision, il paraît logique de s'attendre à ce que le plus souvent, lorsque le rapport de droit est rattaché à un pays qui prohibe le processus, la loi désignée applicable soit évincée pour faire primer la solution qui servirait au mieux l'intérêt de l'enfant selon la conception du juge. Si l'application de

cette règle de conflit servait vraiment les objectifs pour lesquelles celle-ci était adoptée – par exemple l'intention de limiter le prononcé d'adoptions boiteuses – la consultation du droit albanais ne devrait pas être limitée aux conditions de l'adoption mais elle devrait être étendue à la position du droit albanais relativement à la gestation pour autrui. Cette omission démontre encore que la consultation de la règle de conflit en l'espèce était purement formelle et en réalité n'avait aucune utilité. En dehors des observations qui précèdent, nous avons exprimé notre réticence pour l'application d'une règle de conflit au stade de l'accès à une gestation pour autrui, qui conduirait à limiter le recours au procédé. Enfin, étendre l'application de cette règle de conflit en matière de gestation pour autrui ne servirait pas la sécurité juridique ni au stade de l'accès au processus ni à un stade ultérieur.

La problématique d'application des règles de conflit d'adoption pourrait ressurgir enfin en France à propos des filiations faisant à la suite d'une procréation médicalement assistée au profit d'un couple de personnes de même sexe.

B. LE SYSTÈME FRANÇAIS FACE À L'ACCÈS À LA PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

Le système de règles de conflit françaises est compartimenté en ce qu'il prévoit une série de règles de conflit en fonction du lien de filiation en cause. Il est intéressant d'observer son fonctionnement et son adaptabilité pour ce qui concerne des liens de filiation issus d'une procréation médicalement assistée, dont la reconnaissance est soit admise soit concevable. L'exemple sur la base duquel est construit le raisonnement qui suit est celui d'une procréation médicalement assistée ordinaire, à savoir une technique d'insémination artificielle impliquant l'apport d'un donneur ainsi qu'une technique réalisée pour le compte d'un couple de femmes. Ranger la France parmi les ordres juridiques libéraux quant aux liens de filiation noués en faveur des couples de femmes paraît étrange. Toutefois, la récente approbation par la Cour de cassation des adoptions effectuées en France par des femmes ayant eu recours à une procréation médicalement assistée à l'étranger explique ce choix. L'ordre juridique français grâce aux deux avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014[483] se range parmi un nombre limité de pays au monde

[483] Cass., avis n° 15011 et n° 15010, 22 sept. 2014, n° 14-70.006 et 14-70.007, *op. cit.*, *supra* ; v. aussi les deux arrêts de la CA de Chambéry, 28 avril 2015, n° 14/02522 et n° 14/02523 ; dans ces affaires amenées devant la Cour d'appel de Chambéry deux enfants étaient conçus sur le territoire français à l'initiative d'un couple

permettant la création d'un lien de filiation en faveur d'un couple de femmes. L'intérêt de cette pratique tient en ce que la législation française relative à la procréation médicalement assistée n'a pas pour objectif de promouvoir ou faciliter l'accès de couples à la procréation médicalement assistée. L'accès est interdit aux couples de personnes de même sexe mais en même temps il n'existe pas de politique active visant à restreindre cet accès en dehors du pays ou la réalisation d'un projet parental à l'aide d'un ami. Nous constaterons aussi dans ces circonstances la localisation problématique, le manque de sécurité juridique que les règles de conflit en vigueur révèlent face aux problèmes qui peuvent apparaître. Nous nous intéresserons en premier lieu au cas ordinaire du recours d'un couple hétérosexuel à la procréation médicalement assistée (1) pour passer par la suite à celui d'un couple de même sexe (2).

1. L'adaptabilité des règles de conflit dans le cas du recours à la procréation médicalement assistée par un couple hétérosexuel

Les règles relatives à la mise en œuvre d'une technique de procréation médicalement assistée sont en principe d'application territoriale. Cela s'explique en partie par le fait qu'il s'agit d'une réglementation d'une activité médicale pour laquelle chaque État a un intérêt et une obligation de supervision et de contrôle. En parallèle, l'exposé du droit comparé révèle que l'application des dispositions relatives aux conditions d'accès à la procréation médicalement assistée est en lien étroit avec celles régissant la filiation. Cela signifie que si des conditions spécifiques relatives à l'accès ne sont pas remplies, le sort de la filiation de l'enfant né peut être affecté. Parmi ces dispositions se rangent en particulier celles qui sont relatives aux conditions du consentement à une technique d'assistance et à sa révocation. En France et en Grèce, les médecins sont obligés de collecter le consentement des participants. En France, la séparation ou le divorce avant l'insémination vaut révocation du consentement (art. 311-20 al. 3 du Code civil français). En Grèce en revanche, la révocation en cas de divorce doit être explicite et être donnée dans les mêmes formes que le consentement initial. Ainsi, l'absence d'une telle révocation peut être source de problèmes dans le cadre d'une affaire à caractère international. Observons maintenant à partir d'un exemple comment la problématique des règles de

de femmes l'aide d'un donneur qui avait accepté de ne pas établir un lien de filiation avec les enfants. Chaque femme avait porté un enfant, dont l'adoption était par la suite demandée par l'épouse qui n'avait pas accouché. Les demandes d'adoption furent rejetées en première instance mais accordées en appel. V. l'analyse restrictive par rapport à cette pratique de SINDRES David, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *J.D.I.* 2015, pp. 429-504.

conflit françaises peut se présenter. Les observations déjà faites pour les relations qui se nouent à la suite d'une procréation médicalement assistée sont toujours valables dans ce contexte[484]. Cela ressort aussi du cas de figure suivant.

Supposons qu'un couple marié, formé d'une femme grecque et d'un homme français souffrant de problèmes de fertilité, décide de procéder à une procréation médicalement assistée en Grèce. Le couple a choisi ce pays, entre autres raisons pour la facilité de trouver des donneuses d'ovules, du coût de la procédure et parce qu'ils ont dans ce pays une maison de vacances. L'application du droit grec au moment de l'accès à la procréation médicalement assistée semble évidente au couple. Les médecins en charge lors de l'information fournie au couple ne donnent que des consignes découlant du droit grec. Ils n'envisagent pas l'éventualité de l'application du droit français de la filiation à un stade ultérieur et ne sont par conséquent pas en mesure de mettre en garde le couple français d'une telle possibilité. Cependant, au cours de la procédure, le couple divorce sans que l'époux ne révoque par écrit son consentement. Son ex-épouse se rend seule en Grèce où elle s'installe. Elle donne suite au projet parental initial sans informer les médecins de la rupture intervenue entre-temps. Un enfant naît et la mère procède à son inscription à l'office de l'état civil grec en indiquant comme père son ex-mari. En parallèle elle procède aux formalités nécessaires pour la transcription de l'acte auprès du consulat français à Athènes. L'ex-mari décide d'agir en contestation de sa filiation devant les juridictions françaises. La détermination du droit applicable dans des telles circonstances sera d'importance en raison de la divergence des positions entre les deux pays concernés.

L'application de l'article 311-14 du Code civil français dans le cadre d'une action en contestation de filiation conduit à l'application du droit grec, à condition toutefois que la position de la jurisprudence quant à l'exclusion du jeu du renvoi soit maintenue[485]. La contestation serait le plus probablement exclue également dans le cas où l'article 311-17 C.civ. serait retenu comme applicable à cette action, sauf si la femme avait accompli les formalités nécessaires pour l'obtention par l'enfant de la nationalité française[486]. Par conséquent, la contestation sera impossible. Il en va certes autrement si l'on considère que la loi grecque doit être évincée en raison de sa contrariété à l'ordre public. En

484 V. ce chapitre, section 2 §1.B.2, pp. 204-206.
485 Paris 11 mai 1976 *D.* 1976, p. 633, note MASSIP Jacques ; *Rev. crit.DIP*, 109, note FADLALLAH Ibrahim ; *JDI* 1977, p. 656, note FOYER Jacques ; Lyon, 31 oct. 1979, *D.* 1980, IR, p. 332, obs. AUDIT Bernard ; BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit International Privé, partie spéciale*, t. II, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014, p. 247, n° 769.
486 BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé, partie spéciale*, t. II, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014, p. 250, n° 772.

revanche, il est intéressant de noter que si la même action était portée devant les juridictions grecques le résultat aurait pu être l'opposé. Les articles 17 et 14 du Code civil sont applicables à l'action en contestation[487]. Ces dispositions prévoient qu'en l'absence de nationalité commune du couple lors de la dissolution du mariage, le droit de la résidence habituelle commune lors de la dissolution du mariage est applicable. En l'absence de nationalité commune et de résidence habituelle le juge appliquera à la question relative à la filiation le droit avec lequel la mère et son époux entretiennent le lien le plus étroit lors de la dissolution du mariage [488]. Ces dispositions conduisent donc en l'espèce à l'application du droit français, en raison de la résidence habituelle du couple en France. Dans ce cas le père français réussira à contester son lien de filiation, sauf là encore invocation de l'ordre public international. La réponse quant au droit applicable serait encore différente, si le couple avait fixé sa résidence en Grèce après la célébration du mariage. Tout cela démontre le caractère fortuit des désignations effectuées aussi bien par la règle de conflit grecque que par la règle de conflit française. En même temps, on observe que, même si les dispositions relatives à la procréation médicalement assistée sont considérées d'application territoriale, cela n'empêche pas la survenance de problèmes en raison de la dimension internationale des processus. D'ailleurs, et indépendamment de l'issue du différend, l'inconvénient dans une telle affaire et dans toute affaire similaire est qu'un enfant sera mis au monde ayant une relation génétique avec une personne qui n'a pas souhaité sa naissance. La solution du différend risque de varier en fonction de l'ordre juridique devant lequel il se déroulera. La configuration de l'exemple affirme ce qu'on a suggéré lors de l'examen des règles de conflit grecques pour le cas des couples de femmes ayant recours à la procréation médicalement assistée. La structure des rapports qui résultent d'une assistance à la procréation révèle des points de contact avec des ordres juridiques qui ne sont pas pris en considération dans les règles de conflit en vigueur. Cela constitue un premier indice d'une localisation des rapports de droit insatisfaisante.

---

[487] L'application de ces articles aux actions en contestation de la filiation est celle qui prévaut en doctrine : En ce sens v. METALLINOS Alexandros, articles 3-33 Code civil, in GEORGIADIS Apostolos (sous la dir. de), *Interprétation du Code civil*, Maison d'éditions P.N. Sakkoulas, Athènes, pp. 51-52 [en grec] ; GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé*, 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS, 2010, p. 223 [en grec] ; PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec :.. », *op.cit.*, nº 18.

[488] GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASSIOPI-PASSIA Zoé, « L'évolution du droit international privé de la filiation et du divorce, rapport grec », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, *Trav. Assoc. Henri Capitant*, *Journées turques*, 1988, t. XXXIX, Économica, 1990, pp. 483-495, spéc. pp. 489-490.

Un autre indice du caractère insatisfaisant de la localisation des règles de conflit en vigueur résulte du fait que le recours à la procréation médicalement assistée en l'espèce est le résultat de l'action coordonnée des deux personnes. Si l'on admet que seule la loi de la nationalité de la mère régit la filiation, cela constituerait un traitement inégalitaire à l'égard du père. En outre, la mère pourrait, en fonction de ses intérêts, influer sur les éléments de rattachement. Elle pourrait le faire, par exemple en omettant les démarches nécessaires pour qu'elle obtienne la nationalité française en excluant de la sorte l'application du droit français qui peut dans certaines circonstances permettre la contestation de la filiation.

Enfin, un dernier inconvénient dans la résolution de ce type des problèmes résulte de ce que l'orientation du droit substantiel n'est pas suffisamment claire, comme il a pu l'être par rapport à la gestation pour autrui aussi bien au sein des ordres juridiques permissifs qu'au sein des ordres juridiques restrictifs. Les ordres juridiques n'ont pas de position ferme et précise dans les hypothèses de ce genre qui appellent un jugement nuancé. Cette observation démontre que ni la solution grecque ni la solution française ne paraissent illogiques. Chacune paraît raisonnable dans le contexte de son application. La difficulté ne surgit pas lorsqu'un processus de procréation médicalement assistée est confiné au sein d'un seul ordre juridique. Il naît de l'implication des législations de deux pays différents. Et les législations nationales n'apportent pas de solution spéciale aux situations similaires. Partant, la solution des juges dépendra dans une certaine mesure des circonstances de l'espèce. Un manque de sécurité juridique résulte clairement du traitement des situations de ce type.

Pour autant, la critique envers l'adaptabilité des règles de conflit face aux nouvelles situations est-elle suffisante pour préconiser la modification des règles de conflit ? Ce n'est pas certain. La fréquence du contentieux[489] que les situations décrites risqueront de susciter doit également influer sur cette réponse. Ainsi, si ces problèmes ne risquent d'apparaître que très rarement, il existe moins de raisons pour modifier les règles de conflit en matière de filiation. Si des remèdes aux inconvénients de l'application des règles de conflit peuvent être trouvés au moyen d'un certain infléchissement, il peut être préférable de s'abstenir d'une modification. La réponse finale ne peut toutefois pas être apportée sans avoir consulté au préalable d'autres règles de conflit, qui pourraient se révéler plus appropriées. Avant de les examiner, entreprenons de mesurer l'adaptabilité

[489] Pour l'importance de ce facteur lors de la formulation des règles de conflit françaises du 1972 v. AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis (avec le concours de), *Droit international privé*, 6ème éd., Paris, 2010, p. 623, n° 717.

du système français face à l'accès d'un couple de personnes de même sexe à la procréation médicalement assistée.

2. L'adaptabilité des règles de conflit dans le cas du recours à la procréation médicalement assistée par un couple de même sexe

Les cas de couples de femmes ayant eu recours à une assistance à la procréation se multiplient. Dans les lignes qui suivent, nous mettrons en lumière les inconvénients du système de solutions de droit international privé face à ces situations.

Imaginons un couple formé d'une femme suédoise et d'une femme française. Les deux femmes sont mariées[490] et ont leur résidence habituelle en Suède. Pendant leur cohabitation elles décident d'avoir recours à une fertilisation *in vitro* selon le droit suédois, qui permet la consécration *ex lege* d'un double lien de filiation monosexué avec l'enfant[491]. Le projet parental formulé par le couple implique que la conjointe française va porter l'enfant tandis que la conjointe suédoise apportera ses ovules. Cette planification est due en partie au problème médical de la conjointe suédoise l'empêchant de mener une grossesse à son terme. Lors de l'une des dernières étapes du processus, deux embryons créés sont implantés dans l'utérus de la conjointe française, mais, durant le processus, les deux femmes se disputent et divorcent. L'épouse française démenage en France avant même la naissance des enfants. Une fois en France elle se marie avec un homme pour exclure son ex-épouse des liens de filiation et l'empêcher d'exercer des droits de la responsabilité parentale. En effet, les enfants naissent et sont inscrits dans l'état civil comme les enfants du mari. L'ex-épouse suédoise intente en France une action en contestation de la filiation du mari et en même temps une action visant à l'établissement de sa filiation et l'exercice conjoint de la responsabilité parentale. La question du droit applicable à la contestation de la filiation ainsi qu'à l'établissement de la filiation surgit.

L'un des problèmes de l'action en contestation de la filiation et l'action relative à l'établissement d'une filiation inédite concerne leur recevabilité. Une vue d'ensemble du droit français à l'égard de ces liens de filiation révèle que, même si l'institution est inconnue en soi, la possibilité de création d'un double lien de filiation monosexué est depuis 2013 admise pour des couples de même sexe par le biais d'une adoption. Cela étant, le droit international privé doit ne pas exclure *a priori* toute possibilité de coordination. Ainsi, il ne faut pas refuser à entendre une prétention ou une action en

[490] Le mariage des couples de même sexe est autorisé en Suède depuis le 1er avril 2009.
[491] V. *supra* dans le chapitre 1, p. 76 et *seq.*

raison du fait que l'action ne rentre pas dans les concepts prédéterminés du droit du for. Dans une situation telle que celle envisagée, même si les chances de la femme suédoise de se faire reconnaître comme parent sont minces, l'affirmation selon le droit français d'un intérêt légitime à la contestation du lien de filiation du mari ne devrait pas rencontrer de difficulté.

En dehors de ces observations, si l'on suppose que l'action en contestation est recevable, le droit suédois peut être désigné comme applicable en vertu de l'article 311-14 C. civ[492]. Mais, même dans un tel cas, l'application du droit suédois peut ne pas satisfaire les attentes de la femme suédoise, parce que le processus n'a pas pu aboutir en Suède pour que le double lien de filiation en faveur de deux femmes soit créé. Il ne ressort pas de l'étude du droit suédois qu'un droit de contestation de la filiation soit reconnu en faveur de la partenaire délaissée, si la dernière a initié un processus de procréation médicalement assistée conjointement avec son épouse[493]. Cette situation démontre comment le pouvoir dont l'une de deux femmes dispose dans ces processus de procréation lui permet d'exploiter les frontières. Elle démontre encore que parfois, même la désignation d'un droit favorable à l'établissement de ces filiations ne résout pas des injustices éventuelles résultant de l'internationalisation des relations privées. Le résultat est injuste entre autres raisons parce qu'il détruit les attentes légitimes de l'une des personnes impliquées. Bien qu'il semble que le droit applicable ne soit pas de nature à influer sur l'issue d'un tel différend, regardons les étapes que l'on devrait suivre pour identifier le droit applicable selon le système des règles de conflit françaises.

Selon l'avis dominant en doctrine et en jurisprudence, l'article 311-14 C. civ. désigne aussi le droit applicable à l'action en contestation de la filiation sauf si l'établissement de la parenté avec le mari fut par le biais de la reconnaissance car dans ce dernier cas l'article 311-17 C. civ. s'applique[494]. L'application de l'article 311-14 C. civ.

---

492 V. *infra* un raisonnement pouvant conduire à l'application du droit suédois en l'espèce.

493 Si cela n'est pas le cas la femme pourrait trouver un réconfort en demandant des dommages et intérêts en raison de la violation de l'engagement de sa partenaire de mener ensemble ce projet parental. Cette action visera notamment à la réparation du dommage moral subi mais éventuellement aussi des dépenses effectuées pour l'extraction des ovules ainsi que ceux pour la fertilisation *in vitro* ; Comp. civ. 1re 10 juillet 1990, *X…C. Mme Z… et autre*, in CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. I, Introduction, Personnes-Famille-Biens-Régimes matrimoniaux-successions*, 11ème éd. DALLOZ, Paris, 2000, no 46, pp. 246-254.

494 SUTTON Geneviève, « Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris », *Trav. com. fr. DIP* 1982-1984, pp. 193-223, spec. p. 204 ; BOUREL Pierre, MUIR WATT Horatia, (refondu par) GALLANT Estelle, « Filiation, Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », *Jurisclasseur Code civil*, Fasc. 230, à jour au 21 septembre 2006, n° 33 ; TGI Paris, 12 juillet 1982, *D.* 1983, jurispr. p. 200, note AUDIT Bernard ; *JDI* 1983, p. 374, note HUET André ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 461, note SANTA-CROCE M.; TGI Paris, 30 avril 1985, *Rev. crit. DIP* 1986,

nécessite l'identification de la mère. Là encore plusieurs choix sont possibles, vu le fait que les ordres juridiques instituant cette nouvelle forme de filiation ne distinguent pas entre les deux parents du même sexe. La réponse évidente sera de retenir la définition du droit matériel français, qui considère comme mère la femme ayant porté l'enfant. Cette interprétation est conforme au droit substantiel français et présente l'avantage dans le cas de figure envisagé de conduire à l'application du droit matériel français. Une interprétation différente considérant comme mère la femme n'ayant pas porté l'enfant conduirait par contre à l'application de la loi suédoise. Même si une telle solution ne peut pas être écartée au nom du caractère d'ordre public de l'interdiction de la création d'un double lien de filiation en faveur de deux femmes, l'interprétation retenue en droit positif amènera à l'application du droit français.

Cette solution paraît raisonnable dans une situation impliquant deux femmes de nationalité différente n'ayant vécu en Suède que pendant une période relativement courte. Contrairement à une configuration où le seul lien avec le pays permissif est que ce dernier est le lieu de réalisation du projet parental, le résultat serait moins équitable dans un autre cas de figure, où les liens du rapport avec un tel pays seraient plus forts. Il pourrait en être ainsi si l'une de deux femmes était suédoise, si la résidence habituelle était en Suède et le projet parental était mené à son terme en Suède conformément à la législation de ce pays. Il faut bien sûr observer qu'en présence de couples de nationalité différente, il sera difficile de savoir d'avance si les deux femmes envisagent, au moment de la formulation du projet parental, de fixer leur résidence de manière permanente dans un pays donné au lieu d'un autre. L'intention des personnes ayant formulé le projet parental quant à leur résidence habituelle ou leur domicile est un élément qui ne sera pas manifesté de manière explicite et dont la preuve n'est *a priori* pas aisée. Cette difficulté privilégie la partie ayant le plus de facilité à manier les éléments de rattachement qui doivent être pris en considération.

Ces observations indiquent d'un côté que la même règle de conflit conduit, en fonction des circonstances, à une localisation satisfaisante ou non du rapport du droit. En dehors du résultat auquel pourrait amener l'application d'un droit étranger, l'analyse qui précède suggère que l'application rigide de la règle de conflit, promouvant une interprétation fixe de la mère, peut conduire à la méconnaissance des événements créés au sein d'un ordre juridique étranger par des personnes pouvant légitimement attendre à l'application du droit étranger. D'un autre côté, retenir la nationalité de la mère en tant

pp. 313-322, note LEQUETTE Yves ; BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit International Privé, Partie spéciale*, T. II, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014, pp. 246-249, nos 768-772.

qu'élément de rattachement et suivre une interprétation ferme quant à la femme qu'on doit retenir comme mère serait de nature à apporter plus de certitude dans la désignation du droit applicable. L'inconvénient réside en ce que cette approche peut amener à l'application de lois n'ayant qu'un lien ténu avec le rapport en cause. Envisager l'application de la loi nationale de l'enfant n'amènerait pas nécessairement à un résultat plus satisfaisant en termes de localisation.

La loi nationale de l'enfant, qui est la deuxième loi désignée par la règle de conflit française de l'article 311-14 C. civ. peut être retenue, au motif qu'en présence d'un couple de femmes la détermination de la mère est impossible[495]. Cette solution conduirait dans l'exemple choisi aux mêmes résultats, puisque l'enfant aurait le plus probablement obtenu la nationalité française. Cela étant, la solution serait ouverte aux mêmes reproches adressés à l'élément de rattachement principal. D'ailleurs, dans le cas de couples de personnes de nationalité différente, il est probable que les partenaires ou les épouses fassent les démarches pour que l'enfant obtienne les deux nationalités. Ce choix rendrait la désignation du droit applicable encore plus dépendante de la juridiction saisie, sauf si l'une des juridictions impliquées ne consacrait pas la prééminence de la nationalité du for dans le cas de double nationalité. Quoi qu'il en soit, les objections qui viennent d'être formulées incitent à envisager les failles des règles de conflit françaises. Des correctifs pourraient éventuellement être apportés ; leur élaboration devrait alors s'inspirer davantage de la philosophie ayant animé le système français des conflits de lois que d'une interprétation excessivement littérale des dispositions en vigueur. Cependant, il convient d'observer que ce système de solutions ne fournit pas avec clarté les critères et les idées qui doivent animer la démarche de localisation et plus précisément de la désignation du droit applicable notamment face à des situations inédites. Au demeurant, les solutions avancées ne satisfont pas des considérations de proximité.

L'interprétation qui présente le plus de titres à être retenue pour les besoins de l'application de l'article 311-14 C. civ. est celle qui considère comme mère la femme ayant porté l'enfant. Cette interprétation, qui en l'espèce conduit au droit français, désigner le droit suédois si la femme qui accouche était de nationalité suédoise. Une telle solution est indicative de la contingence des résultats auxquels conduit cette règle de conflit face à l'avènement des nouvelles formes de filiation. Certes les juges français peuvent au moyen

[495] Pour une application de la loi nationale de l'enfant dans un cas où l'identité de la mère ne pouvait pas être déterminée avec certitude v. TGI Paris, 18 novembre 1980, *D.* 1981, p. 90, note RAYNAUD P. ; *JCP* 1981.II.19540, note HUET-WEILER Danièle, HUET André ; *Rev. crit. DIP* 1981, p. 673, note ANCEL Bertrand.

d'un infléchissement dans l'application de la règle de conflit ou par le biais de l'ordre public arriver à une solution conforme au droit substantiel du for. Le problème de ces solutions vient de ce qu'en l'absence d'une démarche réelle de localisation des rapports de droit qui se nouent ou d'un autre critère clair, le droit du for sera toujours dans une position de suprématie par rapport au droit étranger. Cela peut amener à des résultats inéquitables. Et si l'objectif n'est finalement que d'appliquer le droit du for, l'utilité d'un détour par les règles de conflit devient encore plus douteuse. De plus, les règles de conflit en vigueur et leur application révèlent des problèmes de prévisibilité. Ensuite, les inconvénients du système de solutions de conflit de lois face à l'avènement des nouveaux liens de filiation résultent aussi de la combinaison paradoxale du recours à l'étranger à la procréation médicalement, d'une part, et de l'adoption, d'autre part. Le cas de figure suivant est indicatif de ces difficultés.

Supposons un couple formé d'une femme grecque et d'une femme marocaine. La femme grecque a recours à la procréation médicalement assistée avec donneur en Grèce. Le projet parental est formé conjointement avec l'épouse marocaine. Le couple envisage, une fois de retour en France, que l'épouse marocaine adopte l'enfant. Le couple devra avoir recours aux juridictions françaises et le juge devra normalement appliquer les règles de conflit relatives à l'adoption. L'application de ces règles de conflit aboutira à des lois interdisant l'adoption. Le résultat peut paraître logique, étant donné que les intéressées contournent trois lois différentes, avec lesquelles elles entretiennent des liens étroits. Elles contournent –au moins selon la conception qui considère que les règles relatives à la procréation médicalement assistée ont une portée extraterritoriale– la législation de leur résidence habituelle relative à la procréation médicalement assistée (France) et les dispositions en matière de filiation des pays dont elles ont la nationalité (Maroc et Grèce). Par conséquent, le refus d'une telle adoption paraît de prime abord prévisible et logique. Pourtant, refuser l'adoption à un couple ayant sa résidence habituelle en France au moment où celle-ci est permise à d'autres couples ayant la nationalité française peut-être considéré comme constitutif d'une discrimination, notamment si le couple est installé depuis une période considérable en France et n'a pas d'intention de retourner dans l'un de deux pays d'origine. La concordance entre le droit substantiel du for et les attentes des parties rend l'application de la loi de la nationalité de deux femmes injustifiée. Par ailleurs, l'invocation de l'ordre public international dans le but d'écarter l'application des lois personnelles de deux femmes laisse sceptique. Soutenir que les règles de conflit de l'adoption ne sont pas adaptées pour régler ces cas de figure parce qu'elles n'amènent pas

à une localisation satisfaisante est plus cohérent. En effet, dans l'exemple donné ces règles de conflit méconnaissent le centre de gravité des relations nouées. Les inconvénients de leur application sont le résultat d'une politique de droit matériel, dont la réalisation est restée à mi-chemin[496]. Cet exemple complète l'aperçu des difficultés de la mise en œuvre du système de règles de conflit en vigueur dans des situations inédites.

En définitive on constate que les interrogations de droit international privé qui concernent la gestation pour autrui et les autres processus de procréation médicalement assistée se posent aussi bien au moment où les personnes intéressées formulent un projet parental et s'informent sur les conditions d'accès au procédé qu'à un moment ultérieur, où une question de droit applicable peut surgir. Des difficultés ont fait leur apparition le plus souvent lors de la circulation d'une situation déjà créée à l'étranger. Les réponses apportées aux problèmes de droit international privé sont fortement influencées par le droit matériel du pays devant lequel la question se pose. Ainsi, dans des ordres juridiques prohibitifs, l'ordre public a souvent eu un rôle considérable tandis que dans des pays permissifs l'accès aux processus et l'établissement des filiations étaient le plus souvent facilités.

Le rôle de la règle de conflit reste marginal dans ce contexte. Les règles de conflit en matière de filiation ne sont directement appliquées ni par les officiers de l'état civil, ni par les autorités organisant l'accès des individus aux différents processus d'assistance médicale à la procréation, ni par les juges au moment de la reconnaissance d'une décision étrangère portant sur un lien de filiation. Elles restent toutefois de droit positif. Elles peuvent être appliquées dans un contentieux tandis que le raisonnement de proximité qui anime en principe leur création est de nature à influencer le problème de la reconnaissance aussi bien d'un acte d'état civil que d'une décision. Cela étant, un juriste qui conseille des personnes lors de l'élaboration d'un projet parental, lorsque celui-ci est destiné à se réaliser dans un pays étranger, doit veiller à bien les informer de l'influence éventuelle du système des règles de conflit sur le sort des liens de filiation qui seront noués. Le système des règles de conflit revêt donc encore une importance pratique.

Les règles de conflit de lois en matière de filiation, adoptive ou non, échouent à prendre en considération certains des éléments structurels des nouveaux liens de filiation

---

496 LAURENT Samuel, « La PMA, victime de l'opposition au mariage homosexuel ? », *Le Monde* 25.04.2013, consultable sur : <http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/04/25/la-pma-victime-de-l-opposition-au-mariage-homosexuel_3165394_823448.html>dernière visite le 12.10.2016: « *C'était un engagement clair du PS, écrit noir sur blanc page 39 de son projet présidentiel : "Pour assurer l'égalité des genres et des familles, nous ouvrirons pour tous les couples le droit au mariage, à l'adoption et à l'accès à l'assistance médicale à la procréation* ».

pouvant révéler un lien étroit avec un ordre juridique donné. La flexibilisation de la mise en œuvre des règles de conflit de filiation peut occasionnellement amener à des solutions acceptables aussi bien en termes de logique localisatrice qu'en termes de substance[497]. En l'absence d'une localisation convaincante et partagée par un nombre considérable d'États, l'autorité étatique, judiciaire ou non, qui est chargée d'appliquer les règles de conflit aura la tendance, face à des solutions peu satisfaisantes, à recourir au droit du for. Par conséquent, leur application ne sera le résultat que d'un raisonnement de pure forme. Cette autorité fera le détour de la règle de conflit parce qu'il se sent obligé de l'appliquer ou de la consulter. Pour autant il écartera facilement le résultat de sa désignation soit en invoquant l'ordre public soit en invoquant le mécanisme de lois de police soit par un autre moyen. Vu ces considérations l'utilité des règles de conflit paraît minime non seulement au moment de l'accès à un processus d'assistance médicale à la procréation mais aussi au moment de la circulation des liens de filiation établi. Cependant pour se prononcer sur le besoin de création d'une nouvelle règle de conflit ou de modification des règles existantes il faudra examiner les autres possibilités envisageables mais aussi les raisons ayant guidé par le passé l'évolution des règles de conflit de lois.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Fixer les objectifs du droit international privé et tenter de les hiérarchiser constitue un exercice à valeur relative. Leur image devient plus claire lorsqu'on se place dans le domaine spécifique dans lequel la réglementation de droit international privé est censée intervenir. L'examen du système des solutions de droit international privé de deux pays ayant des positions diamétralement opposées sur la réglementation des certaines techniques d'assistance médicale à la procréation révèle comment et dans quelle mesure les buts poursuivis par chaque société peuvent se différencier. D'un côté, il existe des ordres juridiques qui tentent de restreindre l'accès à des processus qu'ils jugent contraires à leur ordre public ; d'un autre côté, d'autres entreprennent d'étendre l'application de leur législation à des personnes qui ne relèvent pas directement de leur ressort. En même temps, l'examen de systèmes dont les objectifs paraissent à première vue opposés, révèle

[497] Pour une autre démarche de puiser une solution dans l'interprétation du système des règles de conflit en vigueur v. SATOH Yayohi, « The Relationship between Mother and Child Born with Gestational Agreement in IPL – with the proposals of New Legislation », *Kansai Univ. Rev. L. & Pol.,* n° 27, mars 2006, pp. 1-15, spéc. p. 4, 9.

aussi des points de convergence sur le plan des solutions substantielles mais aussi sur le plan du droit international privé. Ces points touchent à la réglementation de la responsabilité parentale de l'enfant né d'une assistance médicale à la procréation ou à la protection des droits des gestatrices. En dehors des concordances sur le plan du droit substantiel, un objectif propre au droit international privé commun entre les pays est celui de la tentative d'identification des liens qu'un rapport de droit entretient avec un ou plusieurs ordres juridiques. La valeur du raisonnement relatif à la localisation est commune pour les ordres juridiques indépendamment des solutions adoptées en droit substantiel. Des considérations communes à tout système de solutions de droit international privé sont aussi la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions. Et certes chaque système de solutions a comme but ultime la meilleure réglementation possible d'une situation internationale relevant du droit privé. La satisfaction de ces objectifs se fait au moyen d'un arsenal de mécanismes de droit international privé. La détermination de la place, du rôle réel et du fonctionnement de chaque mécanisme ou méthode a permis de mieux comprendre leur apport et leur adaptabilité aux nouvelles situations. Chacun présente des mérites et des inconvénients. Les lois de police peuvent assumer une mission aussi importante au moment de l'accès à une technique qu'après qu'un enfant serait né du recours à celle-ci. Cette méthode peut paraître de prime abord propice à une politique visant soit à restreindre l'accès à certains processus d'assistance médicale à la procréation soit à étendre l'emprise d'une loi à des personnes liées à d'autres ordres juridiques. Toutefois, en l'absence des lois de police claires une politique restrictive sera compromise. En outre, le recours à ce mécanisme n'apporte pas de réponses à tous les problèmes de droit international privé. Un rôle incombe aussi aux règles de conflit. Cependant, ce rôle en matière de liens de filiation et la place de leur intervention restent obscurs. La problématique de droit international privé exprimée par la démarche de localisation d'un rapport de droit issu d'une assistance à la procréation et par l'identification de l'ordre juridique ayant les liens le plus étroits n'occupe pas une place importante dans la pratique jurisprudentielle ou dans la doctrine. Au sein des ordres juridiques restrictifs, un raisonnement en termes d'ordre public et de fraude à la loi dicte les solutions jurisprudentielles et prédomine dans les discussions doctrinales. Cette tendance s'explique en partie par le fait que le problème se présente presque toujours comme un problème de circulation soit d'un acte de naissance soit d'une décision portant sur le lien de filiation établi. En effet, dans la majorité des affaires portées à la connaissance des juges français, l'application ou la consultation de règles de conflit n'a

pas été considérée nécessaire. Dans des ordres juridiques permissifs, la problématique du droit international privé est restée dans une grande partie invisible. Des considérations matérielles prédominent même par rapport aux conditions d'accès au recours transfrontalier à des services d'assistance médicale à la procréation. Des arguments puisés dans la logique des droits de l'homme et des considérations de nature financière militent en faveur d'une ouverture plus importante à des personnes étrangères ou à des personnes domiciliées dans un pays autre que celui du centre d'assistance médicale à la procréation. Malgré ces constatations, le système des règles de conflit conserve toujours un rôle. Les personnes intéressées par le recours à une assistance médicale à la procréation à l'étranger doivent, en l'absence de règles explicites réglementant cette démarche, consulter non seulement la législation du pays d'accueil mais aussi le système de solutions de droit international privé du pays de leur résidence habituelle. Ils doivent dans ce but prendre en considération les règles de conflit en matière de filiation et parfois même celles qui sont relatives à l'adoption. Même si les règles de conflit ne sont que rarement appliquées, la fonction de localisation, censée être inhérente à leur création et inspirant leur logique, exerce une influence au stade de la circulation des actes de naissance établis à l'étranger et des décisions créant ces nouveaux types de filiations. Elle intervient dans la mise en œuvre du mécanisme de l'ordre public. De plus, les règles de conflit peuvent toujours intervenir dans le contexte d'un contentieux surgissant après l'établissement d'un lien de filiation à l'étranger. En somme, les règles de conflit jouent un triple rôle. Elles conservent une fonction de désignation du droit applicable dans le cadre de certains contentieux. Elles constituent, par conséquent, aussi un guide de conduite pour toute personne qui relève de la législation de droit international privé du pays qui les a édictées et qui entreprend d'avoir accès à un processus d'assistance médicale à la procréation dans un autre pays. Enfin, elles recèlent dans une certaine mesure le raisonnement de localisation, dont l'importance se révèle particulièrement grande au stade de la circulation des filiations.

Cependant, la localisation effectuée par les règles de conflit en vigueur en Grèce et en France n'est pas en mesure de mettre en lumière les points de contact que ces nouveaux liens de filiation présentent avec un ordre juridique donné. Elles se révèlent donc inadaptées aussi bien pour la fonction de la désignation du droit applicable que pour la mise en avant des facteurs qui sont cruciaux pour une démarche de localisation. Elles ne prennent pas suffisamment en considération l'avènement des nouvelles technologies, pour bien mettre en avant des points de contact que des ordres juridiques

peuvent entretenir avec un rapport de droit. Moyennant certains infléchissements, elles peuvent cependant révéler ces liens. Leur maniement par le biais de l'interprétation pourra dans certains cas satisfaire aussi bien des considérations de nature substantielle que de droit international privé de l'ordre juridique qui les a créées. Dès lors, elles ne compromettent pas mais elles ne privilégient pas non plus les objectifs que chacun de ces deux ordres juridiques se fixe. Toutefois, le manque de clarté relatif à leur rôle contribue à rendre floue le paysage de la réglementation des rapports juridiques internationaux. En plus, le manque du caractère convaincant des solutions en termes de droit international privé et de droit substantiel incite à penser qu'elles seront interprétées de manière à conduire finalement à l'application du droit substantiel du juge requis. En conséquence, la valeur informative que ces règles revêtent pour les citoyens d'un pays restrictif envisageant de se déplacer à l'étranger pour avoir accès à une assistance médicale à la procréation est relative. Le rôle de guide de conduite de ces règles de conflit n'a finalement qu'une valeur réduite.

Cela étant, on peut se demander si, au lieu de faire le détour par les règles de conflit pour arriver à l'application du droit du for, il ne serait pas préférable de considérer applicable en matière de liens de filiation le droit du for. En toute hypothèse, l'examen du système de règles de conflit en vigueur en France et en Grèce démontre que l'extension de leur application au stade de l'accès à une technique d'assistance à la procréation n'est pas opportune.

Toutefois, pour se prononcer sur la nécessité d'intervention de règles de conflit, au moins dans la fonction qu'elles retiennent, à savoir celle de la désignation du droit applicable dans le cadre d'un contentieux, il faut au préalable s'interroger sur la contribution que des nouvelles règles de conflit peuvent apporter. La question qui se pose donc par la suite est celle de savoir si les objections exprimées sont suffisantes pour justifier la création d'une nouvelle règle de conflit spéciale qui tentera de donner une réponse à la question du droit applicable aux problèmes suscités par une assistance médicale à la procréation.

CHAPITRE 4

LA RECONSIDÉRATION DES MÉCANISMES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN MATIÈRE D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

L'étude précédente a fait ressortir des problèmes de cohérence au sein des méthodes et en particulier en ce qui concerne les règles de droit international privé en matière de filiation. Nous examinerons maintenant la marge d'amélioration du système existant en portant notre regard sur l'évolution du droit international privé et des règles de conflit en France et en Grèce. L'étude de cette évolution éclaire les circonstances dans lesquelles l'adoption de nouvelles règles de conflit pourrait être jugée opportune et révèle plus précisément que, souvent, la modification des règles de conflit n'est pas liée à un problème précis rencontré en pratique ou à une nécessité jugée absolue. Certes, les modifications apportent des améliorations ponctuelles qui ne sont toutefois pas toujours indispensables pour le fonctionnement du système de droit international privé. De même, en matière de gestation pour autrui et, plus généralement, d'assistance médicale à la procréation les propositions des règles de conflit en matière de filiation ne présentent pas des qualités par rapport aux règles en vigueur qui rendraient leur adoption évidente. En outre, l'éventuelle modification des règles de conflit en matière de filiation n'affecterait pas radicalement le traitement des problèmes principaux de droit international privé soulevés à ce jour. Cette dernière observation est valable indépendamment de l'orientation que ces nouvelles règles de conflit suivraient. Cela ne signifie pas non plus que les règles de conflit en vigueur ne sont pas entachées de défauts.

Les faiblesses des règles de conflit en vigueur ressortent d'une réflexion relative aux points de contact que ces nouveaux liens de filiation présentent avec des différents ordres juridiques. En matière de gestation pour autrui, on constate que les personnes impliquées ont un lien étroit avec le pays où le processus de gestation pour autrui a eu lieu. En matière de procréation médicalement assistée le pays de la résidence habituelle des personnes ayant eu recours à la technique et le pays où un donneur a sa résidence

habituelle ont également des liens significatifs avec la filiation qui sera créée. La multiplication des points de contact avec plusieurs ordres juridiques que ces filiations ont, renforce le sentiment d'insatisfaction de la désignation des règles de conflit examinées. Face à un système des règles de conflit dont la légitimité devient encore plus douteuse, l'application du droit du for en matière de filiation est préférable. Cette solution devrait néanmoins être accompagnée d'une règle de compétence concentrant le contentieux relatif à l'établissement et à la contestation du lien de filiation devant les juridictions du pays de la résidence habituelle de l'enfant et d'un régime libéral de circulation de liens de filiation.

Ainsi, la perspective d'unification des règles de conflit en matière de filiation au niveau international paraît actuellement très difficile. Et en réalité, le nœud gordien des problèmes de droit international privé se coupe plus souvent qu'il ne se défait. Face aux difficultés que le règlement conflictuel ne parvient pas à surmonter, c'est naturellement vers les règles matérielles que le regard doit se tourner[498]. Les règles matérielles sont cruciales aussi bien du point de vue d'un ordre juridique restrictif que du point de vue d'un ordre juridique permissif. De plus, la voie de la coopération et de l'unification d'un minimum de règles matérielles peut être une solution plus réaliste et plus efficace. L'Union européenne peut jouer un rôle dans ce contexte malgré les doutes relatifs à sa compétence. Le législateur européen a l'expertise nécessaire pour la mise en place de mécanismes de coopération qui peuvent avoir une utilité certaine pour les problèmes découlant du recours transfrontalier aux services d'assistance à la procréation.

La reconsidération du droit international privé et de ses règles de conflit et la confection des règles matérielles sera d'abord envisagée au niveau national (SECTION 1) pour voir ensuite les initiatives possibles au niveau international et au niveau européen et leur valeur ajoutée (SECTION 2).

[498] Rappr. en ce sens BOURDELOIS Béatrice, « La famille du XXIe siècle et problématiques de conflits de lois », in *Mélanges Pierre MAYER*, L.G.D.J./LEXTENSO Éditions, Paris, 2015, pp. 77-89, spéc. pp. 87, 89.

SECTION 1

LA RECONSIDÉRATION DE LA RÉGLEMENTATION DES RAPPORTS PRIVÉS INTERNATIONAUX SUR LE PLAN NATIONAL

L'étude de l'évolution du droit international privé révèle que les modifications apportées au fil du temps ne répondaient pas à des nécessités absolues relatives à la réglementation des rapports privés internationaux. En gardant à l'esprit cette observation nous démontrerons que la désignation du droit du for en matière de filiation peut constituer une solution pratique et raisonnable à condition d'être combinée avec un ensemble de règles matérielles. Cette démonstration commencera par l'examen de la nécessité d'édicter de nouvelles règles de conflit (§ 1) et continuera par la présentation de la forme que ces nouvelles règles de conflit et règles matérielles pourraient prendre (§ 2).

§ 1. Nécessités des nouvelles règles de conflit

La multiplication de lois applicables provoquée par la spécialisation des règles de conflit de lois peut conduire à de grandes difficultés de coordination pratique. Cette observation ne suffit pas pour autant pour se prononcer sur la nécessité d'adopter de nouvelles règles de conflit. Il convient donc d'examiner notamment l'évolution du droit international privé sur le plan national. Si l'appréciation *in abstracto* du caractère adaptable des règles de conflit est un élément important, l'examen *in concreto* de l'histoire des règles de conflit en France et en Grèce permet de comprendre le moteur de leurs évolutions. Dans les lignes qui suivent nous examinerons les raisons qui avaient guidé cette évolution des règles de conflit (A) pour constater ensuite que certaines de ces raisons apparaissent aussi en matière d'assistance médicale à la procréation (B).

A. RAISONS DE L'ÉVOLUTION DES RÈGLES DE CONFLIT

L'examen de l'évolution des règles de conflit portera sur les expériences française (1) et grecque (2).

1. L'expérience française

L'évolution du droit international privé suit souvent celle du droit interne. Ainsi on a pu observer que la remise en cause de la « *supériorité du mariage* » et du « *privilège de masculinité* » a affecté également le droit international privé[499]. À la suite de cette évolution du droit matériel, l'Espagne[500], l'Italie[501], l'Allemagne[502] et la Grèce –comme nous le constaterons– s'étaient efforcées de mettre leurs règles de conflit en conformité avec le principe de l'égalité des sexes[503]. En France M. LEQUETTE observait que le moteur de l'évolution des règles de conflit était moins l'adaptation des solutions des règles de conflit au principe d'égalité des sexes ou d'égalité des filiations qu'une démarche de valorisation des solutions du droit interne[504]. Au soutien de sa position, il invoquait la place spéciale faite aux articles 311-15 C. civ. relatif à la possession d'état, 311-16 C. civ. relatif à la légitimation et 311-17 C. civ., règle à coloration matérielle favorisant la reconnaissance des enfants[505]. D'ailleurs, même la règle de conflit de principe de l'article 311-14 du Code civil peut être considérée comme inégalitaire parce qu'elle ne permet pas la prise en considération des liens du père potentiel avec un ou plusieurs ordres juridiques[506]. Il n'en

---

499 FOYER Jacques, « Problèmes de conflit de lois en matière de filiation », *RCADI*, 1985, t.IV, pp. 20-22 ; LEQUETTE Yves, « L'évolution du droit international privé de la filiation et du divorce, rapport français », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, *Trav. Assoc. Henri Capitant*, *Journées turques*, 1988, t. XXXIX, Économica, 1990, pp. 467-482, spéc. p. 471 ; LOUSSOUARN Yvon, « Les réformes du droit international privé du divorce et de la filiation », in BLAISE Henri (sous la dir. de) *La Terre, la famille, le juge, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Économica, Paris, 1990, pp. 135-157, spéc. p. 147.

500 Loi du 7 Juillet 1981 modifiant la réglementation du mariage et déterminant la procédure en matière de nullité, séparation et divorce, *Rev. crit DIP* 1983, p. 140-141.

501 Cour Constit. d'Italie, 26 février 1987, *Rev. crit. DIP*. 1987, pp. 563-577, note ANCEL Bertrand; v. aussi VARANO V., « Filiation et Adoption », *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, *Trav. Assoc. Henri Capitant*, *Journées turques*, 1988, t. XXXIX, Économica, 1990, pp. 507-515, spéc. pp. 507-508.

502 Trib. Constitut. Féd., 22 février 1983, *Clunet* 1984, p. 648, obs. JAYME Eric.

503 LEQUETTE Yves, « L'évolution du droit international privé de la filiation et du divorce, rapport français », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, *Trav. Assoc. Henri Capitant*, *Journées turques*, 1988, t. XXXIX, Économica, 1990, p. 467-482, spéc. p. 471 ; Pour l'influence du principe d'égalité sur la formulation des règles de conflit v. déjà KEGEL Gerhard, « La réforme du droit international du mariage en Allemagne », *Rev. crit. DIP* 1962, pp. 641-665, spéc. p. 645.

504 LEQUETTE Yves, « L'évolution du droit international privé de la filiation… », *op.cit.*, spéc. pp.468, 471-473 ; FOYER Jacques, « Problèmes de conflit de lois en matière de filiation », *RCADI*, 1985, t. IV, p. 17-117 ; FOYER Jacques, « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », …..(sous la dir. de), *Droit des personnes et de la famille, mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Presses Universitaires de Strasbourg/L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 127-140, spéc. pp. 134-135 ; En ce sens v. aussi LOUSSOUARN Yvon, « Les réformes du droit international privé du divorce et de la filiation », in BLAISE Henri (sous la dir. de) *La Terre, la famille, le juge, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Économica, Paris, 1990, pp. 135-157, spéc. pp. 137, 154.

505 LEQUETTE Yves, « L'évolution du droit international privé de la filiation… », *op.cit.*, spéc. pp. 473-474.

506 LEQUETTE Yves, « L'évolution du droit international privé de la filiation… », *op.cit.*, spéc. pp. 471-472 ; PÉROZ Hélène, « La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JDI* 2006, pp. 581-591, spéc. p. 586 ; En ce sens v. GAUDEMET-TALLON Hélène, « Le pluralisme en droit international privé : Richesses et faiblesses (le funambule et

reste moins que l'adoption d'une telle règle de conflit unitaire destinée à régir à la fois la filiation légitime et la filiation naturelle traduit en partie ce souci d'égalité de traitement entre les deux filiations.

Ainsi, la règle de conflit de principe de l'article 311-14 C. civ. régit encore la question du droit applicable en matière de filiation. Les nombreuses critiques [507] formulées à l'encontre de cette disposition et du système de solutions institué portaient entre autres sur son caractère inégalitaire à l'égard du père. De plus, les solutions choisies en 1972 avaient conduit à un système souvent difficile à interpréter et peu cohérent dans certaines de ses composantes. Il n'en reste pas moins que malgré les critiques, ce système de solutions a persisté dans le temps et, à l'exception des changements ponctuels, constitue encore aujourd'hui le droit positif en matière de conflit de lois concernant l'établissement de la filiation. Ce n'est que très récemment que l'ensemble des règles de conflit en matière de filiation a subi une modification elle aussi mineure. Toutefois, même celle-ci n'était pas le résultat d'une impasse constatée dans la pratique jurisprudentielle ou plus généralement d'une nécessité de faire face à un problème pratique précis mais plutôt la suite de l'évolution du droit de la famille. Partant, la logique du système n'a pas été profondément changée par les modifications ultérieures.

L'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005[508] a supprimé les notions de filiations légitime et naturelle du droit interne français. Il ressort donc que l'évolution du droit international privé suit celle du droit interne. Avec la suppression des termes « *filiation légitime* » et « *filiation naturelle* » la dernière étape pour l'égalité de statut des enfants – principe proclamé le premier par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972– a été franchie[509]. Ainsi, il a paru nécessaire d'abroger la règle de conflit de l'article 311-16 C. civ. Néanmoins, des réserves étaient exprimées quant à l'opportunité de cette abrogation étant donné que des

---

l'arc-en-ciel) », *RCADI*, t. 312, 2005, n° 462, p. 405 ; FOYER Jacques, « Vingt ans d'application… », *op.cit.*, pp. 127-140, spéc. p. 139 ; contra KINSCH Patrick, « Principe d'égalité et conflit de lois », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.* 2002-2004, pp. 117-133 et débats pp. 135-144, spéc. p. 122.

[507] BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *Rev. crit. DIP* 1972, pp. 1-26 ; PONSARD André, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation, *JD.I.* 1972, pp. 765-796 ; LOUSSOUARN Yvon, « Les réformes du droit international privé du divorce et de la filiation », in BLAISE Henri (sous la dir. de) *La Terre, la famille, le juge, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, Paris, 1990, pp. 135-157, spéc. pp. 146, 149, 151 : critiquant entre autres le « *démantelement du système de solution de conflits de lois* » provoqué par la multiplication des règles de conflit, la prééminence exagérée accordée à la loi du for au détriment de la loi étrangère ou encore l'absence totale de cohésion ; V. même la critique adressée par FOYER Jacques, « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Presses Universitaires de Strasbourg/L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 127-140, spéc. pp. 129, 130, 134.

[508] *JORF*, 6 juillet 2005, p. 11159.

[509] PÉROZ Hélène, « La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JDI* 2006, pp. 581-591, spéc. p. 582.

ordres juridiques « *où il existe de réelles différences de statut entre les filiations laissant toute son utilité à la légitimation* » subsistent[510]. Cette observation ne démontre toutefois pas que l'abrogation de l'article 311-16 puisse constituer une source de problèmes pour le juge confronté à des cas dans lesquelles la règle posée par ce dernier article aurait dû être appliquée. Il n'est pas non plus possible d'affirmer que le maintien de ladite disposition poserait de problème. Son abrogation a néanmoins le mérite de clarifier et de simplifier les règles de conflit. L'intervention du législateur ne s'explique donc pas par une impasse dans le fonctionnement du système des règles de conflit de lois. La question des circonstances imposant l'évolution du droit international privé et l'adoption de nouvelles règles de conflit reste donc entière.

D'ailleurs, le système des règles de conflit françaises en matière de filiation, en dépit de ses inconvénients, n'a pas en pratique posé de problème insurmontable. Malgré les faiblesses des règles de conflit, les juges ont toujours trouvé la voie pour y remédier. Ainsi, on avait observé qu'au prix d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre du système des règles de conflit, des solutions satisfaisantes ont pu être trouvées en jurisprudence[511]. Cette observation fournit une explication plausible à l'inertie du législateur pendant une si longue période. À supposer l'observation exacte, elle révèle le potentiel d'adaptation des règles de conflit en vigueur face à des problèmes inédits. Par conséquent, il est logique d'être sceptique quant à la nécessité d'adoption ou de modification des règles de conflit en matière de filiation. Le débat se renouvelle avec les nouvelles formes de filiation qui résultent de l'avènement de l'assistance médicale à la procréation. Toutefois, les contentieux liés à une assistance médicale à la procréation suscitant une question de droit applicable ne sont fréquents ni en France, ni en Grèce[512]. Aucune certitude ne se dégage donc quant à la nécessité de changer le système de règles de conflit. En l'absence donc de solution idéale, il peut être plus opportun d'envisager de corriger les défauts du système actuel. Pour l'évaluation de cette position nous examinerons également les raisons derrière l'évolution des règles de conflit grecques. Le droit grec qui, lui aussi, est assez pauvre en jurisprudence continue de s'appuyer sur des solutions anciennes.

---

[510] PÉROZ Hélène, « La légitimation en droit international privé après l'ordonnance, *op.cit.* , spéc. p. 583.
[511] FOYER Jacques, « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Droit des personnes et de la famille, mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Presses Universitaires de Strasbourg/L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 127-140, spéc. pp. 131, 134, 140.
[512] Les développements dans le chapitre 5 démontrent que la règle de conflit en matière de filiation n'a presque jamais été à l'origine du contentieux relatif aux liens de filiation créés à la suite d'une assistance médicale à la procréation.

2. L'expérience grecque

Le système grec des règles de conflit reste dans ses grands traits celui adopté par le Code civil grec qui est entré en vigueur le 23 février 1946[513]. La matière est réglementée dans le 2ème chapitre du Code civil, du livre portant sur les principes généraux et plus précisément dans les articles 4 à 33[514]. Il s'agit d'un système de règles de conflit bilatérales complété par une série des dispositions portant sur les problèmes de la théorie générale comme l'ordre public (art. 33) ou le renvoi (art. 32) dont le jeu est exclu. Le Code civil avait pris le chef de famille comme le paramètre le plus important pour l'identification du droit applicable. Le facteur de rattachement de prédilection était celui de la nationalité. Le choix avait été dicté par le fait que la Grèce a été notamment dans les années 20 et les années d'après-guerre un pays d'émigration[515]. L'État souhaitant conserver des liens avec ses citoyens à l'étranger a fait primer l'élément de la nationalité.

La structure et la philosophie des dispositions du droit international privé grec est restée inchangée, et ce en dépit de réformes récentes. L'impulsion de la dernière réforme des dispositions du droit international privé grec –qui était aussi la plus étendue de son histoire– fut l'adoption du principe d'égalité des sexes par l'article 4 § 2 de la Constitution grecque de 1975[516]. Plus précisément, les dispositions du droit international privé ont été modifiées à la suite de l'évolution du droit de la famille opérée par la loi 1250/1982 qui a introduit le mariage civil, la loi 1329/1983 qui a modifié les dispositions du Code civil n'assurant pas le respect de l'égalité des deux sexes, et par la loi 2447/1996 qui portait sur

---

513 Pour une présentation du système et des principes de celui-ci v. VALLINDAS G. Pierre, « Le droit international privé dans le Code civil hellénique », *RIDC* Janvier-mars 1949. pp. 95-104.
514 *Ibid*, p. 95.
515 *Ibid.*
516 PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec : les principes de l'égalité et de l'intérêt de l'enfant », version revue et augmentée de la contribution au colloque « Droit de la famille et des successions en Grèce et au Liban » au Conseil juridique de l'État à Athènes, le 27 avr. 2015 (à paraître), *op.cit.*, nº 1 ; GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASSIOPI-PASSIA Zoe, « L'évolution du droit international privé de la filiation et du divorce, rapport grec », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, *Trav. Assoc. Henri Capitant*, *Journées turques*, 1988, t. XXXIX, Économica, 1990, pp. 483-495, spéc. p. 483 ; KALAVROS Grigoris-Evangelos, « Quelques réflexions sur le nouveau droit international de la famille », ***EllDni*** 1984, pp. 29-39, spéc. pp. 29,39 [en grec] : L'auteur considère cependant que l'article 5 § 1 de la Constitution sur la protection de la personnalité de l'individu paraît être le fondement juridique le plus adapté pour la modification des règles de conflit grecques ; METALLINOS A. Spyridon, « L'influence de la nouvelle constitution sur le droit international privé », *NoV* 23, pp. 1304-1306, spéc. p. 1305 [en grec] ; V. aussi une évolution pareillement milité par le principe d'égalité in MĄCZYŃSKI Andrzej, « Le droit de la famille dans la nouvelle codification polonaise », in VERBECKE Alain-Laurent, SCHERPE M. Jens, DECLERCK Charlotte, HELMS Tobias, SENAEVE Patrick (sous la dir. de), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens,* Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 887-902, et spéc. p. 889.

l'adoption et la garde[517]. Les règles de conflit choisies peuvent être considérées comme un alignement sur l'évolution de la théorie du droit international privé[518] tandis que les évolutions ultérieures s'expliquent notamment par l'adaptation à l'évolution de la société et de ses mœurs[519]. Enfin, l'introduction de règles de conflit en matière d'adoption est liée à la ratification de la Convention de la Haye en matière d'adoption[520].

L'évolution du droit de la famille n'a toutefois pas toujours conduit à des changements en droit international privé. Ainsi, l'assimilation de la filiation naturelle à la filiation légitime en Grèce n'a pas été suivie par un changement des règles de conflit. L'observation vaut aussi pour d'autres systèmes de droit international privé comme celui des Pays-Bas qui suivait jusqu'à récemment dans la détermination du droit applicable la distinction entre filiation légitime et illégitime[521]. En revanche, le système de règles de conflit allemand ayant servi de modèle aux dispositions grecques a subi une modification. Ces dernières observations combinées à l'étude des raisons des modifications du droit international privé grec confirment l'existence d'un lien entre l'évolution du droit matériel interne et celle du droit international privé. Cependant, de nouveau, l'évolution du droit substantiel ne conduit pas à des impasses dans le fonctionnement des règles de conflit qui rendent leur modification inéluctable. Ainsi malgré les évolutions en droit matériel la mise en œuvre des règles de conflit en vigueur n'ont jamais été à l'origine des difficultés particulières.

Cette dernière observation confirme l'idée exprimée ci-dessus selon laquelle le besoin de changement des règles de conflit ne ressort que rarement de manière évidente.

L'étude de l'évolution des règles de conflit en matière de filiation conduit à certaines constatations. L'évolution des règles de conflit a été assez souvent liée à

---

517 PANOPOULOS Georgios, « Greece, Chapter 5 : Family », in D. BLANPAIN (Gen.ed), *International Enculopaedia of Laws*, B. Verschraegen, *Private International Law*, Wolters Kluwer, Law & Business, Suppl. 11, (July 2011), nº 345.

518 Le Professeur Andreas Gazis note que le droit international privé suit l'orientation des réformes contemporaines du droit international privé en citant la loi autrichienne du 15.06.1978, la loi turque du 15.06.1978 ainsi que le projet de la loi suisse GAZIS A. Andreas, « Problèmes du nouveau droit de la famille », *NoV* 1983, vol. 31, pp. 913-926, 1089-1109, 1287-1303, 1457-1466, spéc. p. 918 [en grec] ; PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec : les principes de l'égalité et de l'intérêt de l'enfant », *op. cit.* , p. 1.

519 PANOPOULOS Georgios, « Greece, Chapter 5 : Family », in D. BLANPAIN (Gen.ed), *International Enculopaedia of Laws*, B. Verschraegen, *Private International Law*, Wolters Kluwer, Law & Business, Suppl. 11, (July 2011), n° 345.

520 VOULGARIS Ioannis, « Questions concernant le droit international de famille grec, notamment après sa dernière modification par la loi 2447/1997 », *NoV* 48, 2000, p. 401-416 [en grec].

521 SAARLOOS Kees Jan*, European private international law on legal parentage ? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage,* Maastricht University, July 2010, pp. 133, 137-138; V. la loi du 19 mai 2011 établissant et instaurant le Livre 10 (Droit international privé) du Code civil néerlandais (Bulletin des lois 2011, no 271) et en particulier les articles 92 à 102, *Rev. crit. DIP* 2012, pp. 1058-1089, spéc. pp. 92-102.

l'évolution du droit matériel de la famille. Dans ce contexte, le principe d'égalité a exercé une influence certaine sur les modifications des règles de conflit de lois. Toutefois, l'impression qui demeure est que la souplesse dont les juges font preuve dans la mise en œuvre des mécanismes de droit international privé était de nature à assurer la conformité des règles de conflit de lois aux droits fondamentaux et fournir des réponses aux problèmes de droit applicable qui surgissaient.

Il n'en reste pas moins que les changements apportés aux règles du droit international privé peuvent faciliter sa mise en œuvre et améliorer la prévisibilité quant au droit applicable. D'où l'interrogation actuelle quant à la nécessité de reformuler les règles de conflit.

B. RAISONS D'ÉVOLUTION DES RÈGLES DE CONFLIT EN MATIÈRE D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

Dans l'examen, qui a précédé nous avons pu constater que les réflexions relatives à la proximité ou à d'autres considérations propres au droit international privé n'ont pas été au cœur des motivations expliquant la modification des règles de conflit. La promotion des objectifs de nature substantielle ainsi que l'évolution du droit substantiel expliquent ce mouvement législatif. Une évolution du droit substantiel s'observe également en matière d'assistance médicale à la procréation. Celle-ci a généré un bouleversement du droit de la famille, ce qui peut être une raison en soi pour préconiser l'adoption de règles de conflit nouvelles ou pour la modification de celles déjà en vigueur. De nouveaux types de filiation dont le fondement repose, au moins en partie, sur la volonté des individus, ont fait leur apparition. Ces liens de filiation sont à l'origine de rapports entre personnes privées qui structurellement sont différents de ceux qui découlent d'une procréation naturelle. Dans celles-ci, la création du rapport de parenté implique plus de personnes que dans le schéma de parenté traditionnelle. Cela explique que le doute quant à la pertinence de la valeur localisatrice des règles de conflit en vigueur soit permis.

En dehors des évolutions du droit substantiel au niveau national, on observe un essor des droits fondamentaux notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que l'influence grandissante du droit de l'Union européenne sur la vie des citoyens européens. Partant, il existe en matière de filiation, des facteurs qui ont conduit à la modification des règles de conflit. Cette donnée, combinée aux

faiblesses des règles de conflit en vigueur, pousse à s'interroger sur la possibilité de créer des règles de conflit pouvant mieux satisfaire les objectifs du droit international privé et ceux que chaque ordre juridique prend en charge.

Toutefois, à ce stade de la discussion sur l'assistance médicale à la procréation, la création d'une nouvelle catégorie et par conséquent d'une règle de conflit propre aux questions qui en résultent, suscite des doutes en raison de l'internationalisation insuffisante de cette pratique[522]. Cette idée qui peut, de prime abord, paraître justifiée, est en réalité sujette à caution car elle aboutit à faire primer la conception du droit matériel de l'ordre juridique à partir duquel on raisonne. Expliquons-nous. L'internationalisation en tant que paramètre d'appréciation de la nécessité d'adopter une règle de conflit démontre que la répartition des compétences ou la réglementation des rapports privés internationaux est nécessaire uniquement si un nombre considérable d'ordres juridiques a réglementé –et par conséquent accepte– un rapport de droit ou une institution nouvelle. Toutefois, selon cette conception seuls les ordres juridiques acceptant le même point de vue que l'ordre juridique qui sert de référence pour le raisonnement, entrent en considération. En outre, le critère reposant sur l'internationalisation suffisante d'une catégorie peut être apprécié dans un ordre juridique qui accepte et réglemente une nouvelle institution.

Ensuite, l'absence de règle de conflit permet de s'assurer que le juge requis applique toujours sa propre loi, et non une loi étrangère pouvant le cas échéant avoir une position différente même si cette dernière présente un lien étroit avec le rapport de droit en cause. Cette idée est critiquable. Au moins, au stade de la détermination de l'ordre juridique compétent il importe de désigner la législation du pays, qui est légitime à influer sur la réglementation du rapport de droit en cause. De surcroît, un tel critère reposant sur l'internationalité est insatisfaisant parce qu'il laisse en suspens la question du degré d'internationalisation nécessaire pour que la création d'une nouvelle règle de conflit devienne nécessaire. Tout au plus, la pratique révèle qu'il suffit qu'un petit nombre de pays accepte une institution pour que la nécessité d'intervention d'une règle de conflit apparaisse.

---

[522] BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit International Privé, Partie spéciale*, T. II, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014, p. 255, nº 779 ; Rappr. SALAME Georgette, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, (préf. Horatia Muir Watt), PUAM, 2006, p. 352 ; autrefois, l'insuffisante internationalisation d'une catégorie constitue la raison pour adopter une règle de conflit favorisant l'application du droit du for ou la loi du pays sous l'empire de laquelle un rapport de droit a été né (comme dans le cas du PACS).

En atteste une affaire dans laquelle un couple d'Anglais s'était déplacé en Ukraine pour avoir recours à une gestation pour autrui[523]. Cette affaire est typique d'un problème de cumul des législations. Elle a surgit devant les juridictions britanniques et impliquait l'ordre juridique anglais et l'ordre juridique ukrainien, les deux autorisant la gestation pour autrui. En l'espèce, ce couple a eu recours à une gestation pour autrui en Ukraine. Une situation inextricable était créée en raison du cumul des lois et du fait que les législations en cause prévoient des conditions différentes pour la reconnaissance de la mère d'intention en tant que mère légale. En Ukraine, la mère est reconnue de plein droit tandis qu'en Angleterre un *parental order* est requis pour la création des liens de filiation avec les parents d'intention. Ainsi, selon le droit anglais applicable, le couple d'Anglais ne pouvait pas se prévaloir du lien de filiation créé et par conséquent faire entrer les jumeaux au Royaume-Uni. Une autorisation d'entrée leur a finalement été accordée sur la base des tests ADN, prouvant le lien génétique avec le père d'intention. Une fois le couple rentré en Angleterre, une procédure a été entreprise pour obtenir le *parental order* de la *section* 30 (désormais *section* 54) de la loi sur la fertilisation humaine et l'embryologie. L'application du droit du juge requis ne fait pas de doute pour ce type d'affaires au Royaume-Uni[524]. Ainsi selon le droit anglais, parmi les conditions qui devraient être réunies pour que cet *order* soit accordé figurait celle que la mère porteuse ne reçoive pas plus d'argent ou d'autres prestations que celles qui peuvent être considérées comme des dépenses raisonnables issues de la gestation pour autrui. Dans le cas où les paiements dépassent ce qui est raisonnable, l'*order* peut encore être accordé à condition que ces paiements soient autorisés par les juridictions anglaises. Ceux-ci ont été autorisés et le lien de filiation a été créé bien que le montant versé ait été au-dessus de ce qui pouvait être considéré comme raisonnable pour une gestation pour autrui altruiste. Une solution était donc trouvée mais au prix d'une interprétation souple de l'ordre public et de la *section* 30.7 (désormais *section* 54 (8)) LFHE). Cependant, cette interprétation aboutit à trahir l'objectif de ces dispositions qui est d'empêcher les gestations pour autrui effectuées à

[523] *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] 1 FLR ; THEIS Lucy, GAMBLE Natalie, GHEVAERT Louisa, « *Re X and Y (Foreign Surrogacy) :* 'A Trek Through a Thorn Forest' », *Fam Law*, 2009, pp. 239-243, spéc. p. 241-242 ; v. aussi le commentaire de BRIDGE Caroline, *Fam Law* 2009, pp. 115-116 ; Selon le juge Hedley J le bien-être de l'enfant fait qu'il sera très difficile, voire impossible, de ne pas faire reconnaître le lien de filiation des parents d'intention, même en face d'une violation sérieuse de l'ordre public.

[524] Sur l'application extraterritoriale du droit anglais v. *supra* chapitre 2 ; GAMBLE Natalie, « Made in the U.S.A. – Representing U.K. Parents Through Surrogacy and ART in the United States », *Family Law Quarterly* 2012, pp. 155-167, spéc. p. 161 : « *The technical reason for this is that U.K. law on parentage is worded to apply extraterritorialy (saying that it applies no matter where in the world conception takes place).*

titre onéreux à l'étranger et plus généralement à les priver de tout effet. L'invocation de l'intérêt supérieur de l'enfant fut l'argument de poids à l'appui de cette solution.

Cette décision démontre que malgré la faible internationalisation de la catégorie relative à la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui, des situations peuvent surgir démontrant l'intérêt d'une interrogation relative au droit applicable et de l'application d'un droit étranger. En outre, cette décision révèle que l'approche inflexible conduisant à l'application systématique de la loi du for même dans des hypothèses présentant un lien très étroit avec un pays étranger aboutit à des interprétations forçant en quelque sorte le sens de la loi du for. Dans cette affaire la difficulté que les juges ont rencontrée était liée au fait que le droit du Royayme-Uni prévoit l'application de la loi du for même pour les situations ayant une extranéité caractérisée. Cette utilisation du droit du for démontre comment il risque d'aboutir à des situations boiteuses ou au moins à des complications inutiles[525]. La décision des juridictions anglaises est un argument en faveur de l'idée selon laquelle pour « *parvenir à un règlement raisonnable du rapport de droit*… » « …*l'acceptation de l'application même limitée, d'une loi étrangère* » est nécessaire[526]. En l'espèce, l'application du droit ukrainien, éventuellement par le biais d'une règle de conflit bilatérale, ou la reconnaissance du statut créé à l'étranger aboutirait à une solution plus satisfaisante, au moins sur le plan de sa justification. De la sorte, il n'y serait pas nécessaire d'adopter une interprétation extensive des termes *montant raisonnable* utilisés dans les dispositions britanniques relatives à la gestation pour autrui qui ont été appliquées pour fournir la solution sur le plan de la filiation[527]. En dépit de cette interprétation, il ressort que la flexibilité inhérente aux systèmes des pays de *common law* et finalement le régime libéral de circulation des liens de filiation –dans le cas examiné par une reconstruction du lien de filiation– permet de remédier aux problèmes qui se posent. Il n'en est pas nécessairement ainsi dans le cas des pays de tradition romano-germanique.

Un tel problème peut surgir devant le juge français dans le cas par exemple où la mère porteuse, résidant à Londres, est de nationalité française. Imaginons que les parents d'intention aient la nationalité britannique. L'application dans ce cas de l'article 311-14 du

---

[525] MEEUSEN Johan, PERTEGAS Marta, STRAETMANS Gert & SWENNEN Frederik (eds.), « Rapport général », in *International Family Law for the European Union* (Intersentia 2007), pp. 25-48, spéc. p.42, n° 24.

[526] LAGARDE Paul, « Le principe de proximité…. », *RCADI*, p. 27.

[527] Pour une critique de cette solution du droit anglais v. PARIZER-KRIEF Karène, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne, De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *R.I.D.C.* 2011, pp. 645-659, spéc. pp. 650-655. Mme PARIZER-KRIEF parle d'une interprétation *contra legem* relativement à la décision des juges anglais d'autoriser les sommes versées à la gestatrice à l'étranger. Elle estime que ces sommes ne pourraient en aucun cas être qualifiées de raisonnables.

Code civil qui conduira à la désignation du droit français et au refus de reconnaissance des liens de filiation des parents d'intention paraît contestable en raison des liens étroits de la situation avec l'ordre juridique du Royaume-Uni. Toutefois, dans un tel cas de figure et en l'absence d'une règle de conflit pouvant désigner le droit d'un ordre juridique autre que celui du for, fournir une réponse uniquement en consultant le droit du for et éventuellement ses conceptions d'ordre public conduira à des résultats inéquitables. Un tel cas de figure révèle, d'ailleurs, de manière caractéristique l'observation faite dans le chapitre précédent, selon laquelle la règle de conflit en vigueur en France ne correspond plus à la configuration des rapports de droit issus d'une gestation pour autrui. L'internationalisation insuffisante d'une catégorie ne suffit donc pas en tant que telle pour justifier l'immuabilité des règles de conflit.

Un autre paramètre provoquant encore plus de scepticisme quant à la nécessité de spécialisation de la règle de conflit ou la création des nouvelles règles de conflit, est la fréquence des contentieux soulevant un problème de détermination du droit applicable[528]. Il est logique de créer une règle de conflit spéciale pour résoudre un problème qui surgit fréquemment. En revanche, il n'est pas déplacé de penser qu'une situation qui surgit rarement soit réglementée par l'adaptation des règles de conflit en vigueur. À ce jour il n'existe pas un contentieux abondant nécessitant la désignation du droit applicable à la filiation à la suite d'une assistance médicale à la procréation voire au moment de la circulation des liens de filiation créés.

Pour autant, la discussion relative à l'assistance médicale à la procréation et à la règle de conflit appropriée même si elle ne conduit pas à l'adoption de nouvelles règles de conflit spéciales, est une opportunité pour restructurer plus généralement les règles de conflit relatives à la filiation. En ce qui concerne la Grèce, une telle restructuration peut aller dans le sens de l'adoption d'une règle de conflit traitant de manière uniforme les enfants nés dans le mariage et hors mariage, comme cela a déjà été suggéré en doctrine[529]. En faveur d'une telle restructuration militent les nouvelles données démographiques du pays. Nous avons noté que le phénomène de l'émigration a exercé une influence sur les éléments de rattachement retenus par les règles de conflit grecques en faisant de la

[528] SATOH Yayohi, « The Relationship between Mother and Child Born with Gestational Agreement in IPL – with the proposals of New Legislation », *Kansai Univ. Rev. L. & Pol.,* N° 27, Mars 2006, pp. 1-15, spéc. p. 11.

[529] GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé,* 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS, 2010, p. 222 [en grec]: les auteurs n'excluent pas néanmoins l'adoption d'une règle de conflit spéciale pour certaines questions particulières comme celle de la reconnaissance de la paternité.

nationalité l'élément de rattachement principal. Depuis lors, la société grecque a évolué. À partir des années 90, elle s'est transformée en société d'immigration avec pour résultat l'augmentation du nombre de contentieux de droit international privé impliquant des personnes étrangères résidentes en Grèce. L'existence des contentieux qui en apparence présentent des éléments d'extranéité mais qui ont des liens étroits avec l'ordre juridique du juge requis, s'expliquent en partie du fait que les conditions d'attribution de la nationalité grecque sont parmi les plus strictes en Europe. En conséquence, même des personnes résidant légalement depuis des longues périodes en Grèce n'obtiennent que difficilement la nationalité grecque. L'immixtion fréquente des personnes de nationalité étrangère dans des contentieux en Grèce explique d'ailleurs l'invocation fréquente du mécanisme d'ordre public, notamment dans le domaine du droit international de la famille. Ce paramètre qui concerne le changement de la société grecque, constitue un argument supplémentaire en faveur de la modification des règles de conflit grecques en matière de filiation.

Des considérations semblables qui plaident en faveur d'une modification des règles de conflit en matière de filiation existent aussi dans l'ordre juridique français. De plus, les critiques formulées à l'encontre des règles de conflit françaises en matière de filiation incitent à envisager leur modification. Et plus généralement l'apparition des nouvelles institutions est, comme nous l'avons constaté, un motif légitime en soi pour adapter les règles de conflit dans la mesure où celles qui sont en vigueur, ne prennent pas en considération les points de contact que les nouvelles institutions ou situations présentent avec un ordre juridique donné.

Face à des situations et à des institutions inédites le test de proximité revêt une importance certaine. Le droit de la filiation connaît une phase transitoire en raison des transformations profondes qu'il subit et qu'il s'apprête à subir. Chaque ordre juridique, avance progressivement et à son propre rythme dans l'adaptation du droit matériel à la nouvelle réalité. Parfois cette adaptation est lente, ce qui peut générer des discontinuités dans les rapports entre personnes privées. Le droit international privé a exercé dans le passé et va de nouveau exercer un rôle sur le rapprochement des cultures différentes. Toutefois, la règle de conflit en l'espèce joue un rôle limité dans cette démarche de coordination. Des nouvelles théories font leur apparition promettant d'apporter des réponses aux problèmes de droit international privé. Il s'agit de règles ou plus généralement d'approches en droit international privé enjoignant la reconnaissance des phénomènes, situations ou droits nouveaux. La reconnaissance peut se heurter aux

conceptions figées des ordres juridiques. Mettre en relief –par le biais d'une règle de conflit ou au moyen d'un raisonnement de proximité– les liens entre un rapport de droit et un ordre juridique étranger incite à s'interroger sur le bien-fondé des solutions différentes des nôtres. Ainsi, la mise en relief de ces liens par le biais d'une règle de conflit pourrait contribuer à mieux satisfaire l'objectif de proximité entre le droit applicable et la situation en cause et contribuer au rapprochement des conceptions de droit différentes. Ce dernier objectif, par ailleurs, constitue une des conditions nécessaires à une meilleure coordination des ordres juridiques. Au contraire les dispositions de nature matérielle, en permettant aux pays différents de rester enfermés dans leurs propres conceptions, ne contribuent ni à la justice matérielle ni à la justice qualifiée de droit international privé, celle qui promeut la compréhension et la tolérance d'autrui. Une règle de conflit renouvelée pourrait avoir un rôle à jouer.

La discussion menée ci-dessus démontre qu'il existe des arguments plaidant en faveur de l'adoption des nouvelles règles de conflit ou au moins en faveur de la modification des règles de conflit en vigueur. Cependant, nous constatons aussi qu'en matière d'assistance médicale à la procréation, l'évolution ne s'avère pas indispensable. Cela ne signifie pas pour autant qu'une telle évolution n'est pas opportune. Dans le cas où les règles de conflit envisagées ont des qualités et une légitimité plus importante que celle des règles de conflit en vigueur cela serait un argument de plus en faveur d'une modification des règles de conflit en matière de filiation. Nous allons donc examiner maintenant la forme que ces règles de conflit peuvent prendre.

§ 2. La formulation des règles de conflit et des règles matérielles

L'exposé qui suivra, sera consacré à la forme que des règles de conflit en matière de filiation peuvent prendre (A) tout en insistant sur l'importance des règles matérielles pour le traitement des aspects internationaux d'une assistance médicale à la procréation (B).

A. LES RÈGLES DE CONFLIT

Dans un premier temps, il sera question de la règle de conflit la plus adaptée en matière de filiation d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui (1). Nous déterminerons

dans un second temps la règle de conflit pour les filiations issues d'autres techniques de procréation médicalement assistée (2). En parallèle, nous examinerons si l'introduction d'une règle de conflit embrassant la question de la détermination du droit applicable indépendamment de l'origine de la filiation en cause est préférable.

1. En matière de gestation pour autrui

Comme nous l'avons déjà suggéré, les inconvénients relatifs à la mise en œuvre des dispositions de droit international privé ne doivent pas nécessairement conduire au changement des règles de conflit en vigueur. Parfois leur adaptation aux nouvelles circonstances suffit pour assurer une réglementation satisfaisante des relations privées internationales. Par conséquent, si une règle de conflit ne s'impose pas par sa valeur persuasive, il y a tout lieu de douter de l'opportunité de l'adoption de celle-ci. La souplesse en particulier dans la mise en œuvre des règles de conflit et les différents correctifs existants peuvent apporter des réponses plus ou moins satisfaisantes aux problèmes qui se posent. Et il a été démontré que dans la majorité des pays ayant légalisé la gestation pour autrui, la question du droit applicable à la filiation ne se pose pas au moment de l'accès à ce processus. L'application systématique du droit du for à ce stade va probablement persister comme pratique. Les rares occasions d'application de la règle de conflit en Grèce au moment de l'accès au procédé reflètent un réflexe logique de la part des juges dans un ordre juridique de tradition civiliste mais elles sont des applications erronées du cadre juridique pour les raisons qui ont déjà été expliquées[530]. L'application d'un droit étranger dans d'autres pays autorisant la gestation pour autrui ne se pose même pas. Ces observations démontrent que l'intervention d'une règle de conflit spéciale pour la gestation pour autrui aurait des chances d'être acceptée si elle est suffisamment claire et si elle conduit à une désignation conforme à la pratique. Examinons toutefois les différentes propositions en commençant par celles qui ont été formulées dans la doctrine. Ces propositions ne semblent pas prendre en considération l'absence de la règle de conflit au moment de l'accès au procédé dans les pays l'ayant légalisé. Nous examinerons successivement le potentiel de l'application de la loi personnelle de la mère (a), l'application cumulative des lois personnelles des participants (b), l'autonomie de la volonté (c), la loi du pays où le centre d'assistance médicale à la procréation est situé (d) et enfin la loi de la résidence habituelle de l'enfant (e).

[530] V. chapitre 2, section 1 §2.2., pp. 125-127.

a. La loi personnelle de la mère

Le problème de la gestation pour autrui a pu être conçu comme une question de capacité de la mère d'intention[531]. Conformément à cette logique, une proposition était formulée qui consiste à soumettre la gestation pour autrui à la loi personnelle de la mère d'intention. Nous avons présenté ci-dessus deux décisions grecques du tribunal de première instance de La Canée qui vont dans ce sens. Le tribunal a fait application de la règle de conflit de l'article 5 du Code civil désignant la loi applicable à la capacité. Selon cette disposition, la capacité juridique de la personne physique est régie par sa loi nationale. Toutefois, nous avons également constaté que dans les deux cas, la loi désignée interdisant l'accès à la gestation pour autrui était écartée pour contrariété à l'ordre public international (art. 33 C. civ.). En plus, l'application de la règle de conflit de lois grecque en matière de capacité dans le cadre d'une gestation pour autrui n'est pas conforme à sa lettre. Celle-ci détermine le droit applicable à la capacité juridique tandis que l'enjeu principal de la procédure d'autorisation de la gestation pour autrui est l'autorisation de la gestation pour autrui et la filiation de l'enfant à naître. De plus, les juges n'avancent aucune justification à l'appui de cette solution.

En dehors toutefois de la critique qui peut être adressée à l'application de la règle de conflit grecque relative à la capacité, une telle règle de conflit n'est généralement pas adaptée aux affaires de gestation pour autrui. Elle ne l'est pas pour deux raisons. La première est qu'elle ne reflète aucunement la pratique actuelle et par conséquent les objectifs des pays qui pourraient édicter une telle règle de conflit. La deuxième raison est qu'une telle règle de conflit ne conduit pas à une loi ayant des liens significatifs avec les rapports de droit qui se développent.

Une alternative pourrait être trouvée en s'attachant, à l'instar du droit français, à la mère porteuse. Selon une telle option le droit applicable à l'établissement de la filiation en matière de la gestation pour autrui serait celle de la loi nationale de la mère porteuse. En France cette solution repose sur l'interprétation du terme mère dans l'article 311-14 C. civ. qui retient comme mère la mère porteuse au lieu de la mère d'intention. Un des problèmes découlant de cette désignation apparaît chaque fois que celle-ci a la nationalité d'un pays ne lui garantissant pas une protection satisfaisante.

---

[531] STRUYCKEN V M A Teun, « Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New Pil Issue » in *Convergence and Divergence in Private International Law-Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, pp. 357-372, spéc. p. 371.

Une autre proposition envisageable notamment dans un ordre juridique ayant une approche restrictive à l'égard de ce processus est la suivante.

b. L'application cumulative des lois personnnelles des participants

La solution de l'application cumulative des lois personnelles des personnes impliquées avait été avancée face au problème des rapports boiteux dans le cadre des mariages polygamiques. La solution envisagée apporte des enseignements dépassant le seul contexte des mariages. Au sein de l'ordre juridique français la solution choisie afin d'empêcher la survenance des rapports boiteux consistait à abandonner l'application distributive des lois personnelles et à considérer l'interdiction de contracter un mariage polygamique comme un *empêchement bilatéral* pouvant découler alternativement de la loi nationale de chacun des futurs époux[532]. Cette solution ne remédiait pas à tout problème car dans le cas où la première femme serait de statut monogame et les futurs époux de statut polygame la première resterait sans protection. C'est pourquoi on a proposé de concevoir l'empêchement comme « trilatéral » au lieu de bilatéral et de subordonner l'admission de l'institution à la loi personnelle de tous les intéressés[533]. À l'instar de cette proposition concernant le mariage, un empêchement multilatéral pourrait être envisagé pour le cas de la gestation pour autrui[534]. Dans ce cas, la maternité pour autrui ne serait ouverte que si le statut personnel de chaque personne impliquée n'interdit pas l'établissement de la filiation avec le couple à l'origine du projet parental. L'autorisation judiciaire préalable garantirait que des personnes de statut prohibitif ne soient pas impliquées dans de telles opérations. Toutefois, de telles propositions n'ont aucune chance d'être adoptées dans des pays autorisant la gestation pour autrui. Tout d'abord, il serait contradictoire de refuser au sein de ces ordres juridiques l'accès à un processus

[532] BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, *Droit international privé*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1983 pp. 39-40, n° 414 ; TGI Paris, 21 juin 1967, *Rev. crit. DIP*. 1968, pp. 294-302, note BATIFFOL Henri ; Lyon, 21 mai 1974, *D*. 1975, pp. 9-12, note GUIHO Pierre; Paris 14 juin 1995, *D*. 1995, Informations Rapides, p. 192.
[533] ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé,* préf. Henri Batiffol, 5ème éd., Dalloz, 2006, p. 269.
[534] Une formulation possible serait la suivante : *« Le juge ne peut accorder l'autorisation à une gestation pour autrui que si la loi de la nationalité des personnes participantes l'autorise ».* Concernant les empêchements v. ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé,* préf. Henri Batiffol, 5ème éd., DALLOZ, Paris, 2006, nos 30-31, pp. 269-283 et spéc. § 5, pp. 275-277*;* civ., 24 septembre 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, pp. 271-285, note BOURDELOIS Béatrice ; AUDIT Bernard, *Droit international privé*, 4ème éd., Economica, Paris, 2006, p. 596 ; v. aussi MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *RCADI* 2003, t. 303, pp. 128-430, spéc. pp. 230-232.

dont l'objectif est de lutter contre un problème médical[535]. Ensuite, les pays ouvrant largement la voie à la gestation pour autrui comme certains États des États-Unis, ou l'Ukraine ont aussi des intérêts financiers expliquant l'ouverture à des particuliers venant de pays au cadre juridique restrictif. De plus, imposer de telles limites peut aussi rencontrer des obstacles parce que l'accès à ce procédé est considéré comme relevant de l'exercice d'une liberté individuelle. En Grèce, il est admis que l'accès est protégé par l'article 5 de la Constitution consacrant la liberté de chacun de développer librement sa personnalité[536]. En outre, l'utilité pratique qui consiste à limiter l'apparition des rapports boiteux, est aléatoire comme nous l'avons déjà expliqué[537]. Par conséquent, l'adoption d'une telle règle serait démesurée par rapport à l'objectif qu'elle est supposée satisfaire[538].

Ensuite, au sein d'un pays restrictif, l'intérêt pratique d'une telle solution serait réduit. Elle ne serait pas plus dissuasive que le mécanisme d'ordre public ou celui des règles d'application immédiate parce que sa possibilité d'intervention ne se situe qu'après la réalisation du processus. Elle aurait éventuellement un apport en ce qu'elle rendrait claires les réponses de l'ordre juridique restrictif relatives au statut des enfants nés d'une gestation pour autrui. D'ailleurs, il faut noter que la difficulté dans un pays permissif est d'un autre ordre.

La jurisprudence grecque concernant les autorisations pour une gestation pour autrui ne fait pas apparaître clairement la justification de l'application du droit du for en présence des rapports présentant des éléments d'extranéité. Même si en pratique le problème ne préoccupe que rarement les juges, l'interrogation relative au droit applicable révèle le manque de clarté dans les termes d'intervention du droit international privé. La nature de la procédure et le caractère de lois de police des dispositions grecques étaient avancés comme deux explications plausibles de l'application automatique du droit grec même en cas d'extranéité caractérisée. Une autre possibilité serait de penser que l'application du droit du for trouve son explication dans la liberté dont jouissent les individus en matière d'assistance médicale à la procréation.

---

[535] ROKAS A. Konstantinos, « Chapter 9 : Greece », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp. 143-166, spéc. p. 162.

[536] VIDALIS Takis, *Vie sans visage. La Constitution et l'utilisation du matériel génétique humain,* 2ème éd., Ant N Sakkoulas, Athènes-Komotini, 2003, pp. 124- 125 [en grec].

[537] V. *supra* dans le chapitre 2, section 2 §2.2, p. 150 et *seq.*.

[538] *Ibid.*

c. L'autonomie de la volonté

La liberté dont jouissent les individus est une donnée constante en matière d'assistance médicale à la procréation. Elle se manifeste au moment de l'accès aux techniques, en particulier au moment où les parties signent un formulaire de consentement qui dispose souvent que les conséquences sur le plan de la filiation sont celles prévues par la loi du pays où le centre est situé. Et même s'il n'existe pas un renvoi explicite dans ces formulaires au droit du pays où le processus a lieu, son application sera le plus souvent entendue. D'autres manifestations de la liberté que les particuliers jouissent en matière d'assistance médicale procréation peuvent être puisées dans d'autres règles.

L'accès à ces procédés ne dépend pas dans la plupart des cas d'une procédure judiciaire, cette dernière pouvant faire surgir une interrogation relative au droit applicable. Il n'en reste pas moins que même sans l'intervention d'une autorité judiciaire, le recours à une technique peut avoir des conséquences sur le plan de la filiation. En principe, la possibilité pour une catégorie de personnes d'avoir recours à une technique d'assistance à la procréation entraîne en leur faveur la reconnaissance du lien de filiation. Un exemple puisé dans la législation française qui indique que les particuliers disposent du pouvoir de se soumettre à une législation, concerne l'accès à une technique de procréation médicalement assistée. Il s'agit de l'article 1157-3 du Code de Procédure civile qui, concernant la demande d'un couple aux fins d'une autorisation d'accueil d'embryons, dispose :

> « *art. 1157-3 (D. n° 95-223, 24 février 1995). – Avant de recueillir le consentement, le juge ou le notaire informe ceux qui s'apprêtent à l'exprimer :*
> *-de l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don ou d'agir en responsabilité à l'encontre de celui-ci ;*
> *-de l'interdiction d'exercer une action en contestation de filiation ou en réclamation d'état au nom de l'enfant, à moins qu'il ne soit soutenu que celui-ci n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ;*
> *-des cas où le consentement est privé d'effet ;*
> *-de la possibilité de faire déclarer judiciairement la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, et d'exercer contre lui une action en responsabilité de ce chef.*
> *L'acte prévu à l'article 1157-2 mentionne que cette information a été donnée* »

L'influence de la volonté des personnes dans la détermination de la loi régissant leur situation ressort de la combinaison de cette disposition avec celle de l'article R 2141-10 du Code de la Santé publique qui prévoit la compétence spéciale des tribunaux pour les couples habitant à l'étranger intéressés par un don d'embryon. Il s'ensuit que selon la technique d'assistance à la procréation un pays peut faire plus ou moins de place à la volonté des particuliers dans la formation de leur projet parental. Il peut aussi leur permettre d'influer sur la création des liens de filiation, et ce sans égard aux liens qu'ils retiennent avec un ordre juridique étranger. Ainsi, la France, hostile à l'égard de la gestation pour autrui, permet plus facilement l'accès à d'autres processus d'assistance à la procréation. Ces mêmes processus peuvent dans d'autres ordres juridiques être interdits ou ne pas permettre l'établissement d'un lien de filiation[539]. La liberté que les particuliers disposent en matière d'assistance médicale à la procréation et leur pouvoir de fait d'influer sur le sort des liens de filiation en se déplaçant vers un pays permettant la création du lien de filiation cherché pourrait inciter à réfléchir quant à la possibilité d'admettre l'autonomie de volonté en matière de filiation.

Un autre argument en faveur de la liberté des particuliers à choisir la loi applicable en matière d'une filiation issue d'une assistance médicale à la procréation serait lié au besoin de prévisibilité. Toutefois, l'adoption de l'autonomie de la volonté en tant que mode de désignation du droit applicable semble difficilement envisageable en matière de filiation en raison du caractère d'ordre public de la matière.

Une autre solution expliquerait mieux aussi bien l'application systématique du droit du for par les juges grecs au moment de l'autorisation que la pratique suivie dans d'autres ordres juridiques autorisant la gestation pour autrui.

d. La loi du pays où le centre d'assistance médicale à la procréation est situé

La proposition consiste à considérer comme applicable la loi du pays où la gestation pour autrui est effectuée. Une telle règle de conflit n'a pas été adoptée explicitement dans l'ordre juridique grec ou dans d'autres ordres juridiques qui autorisent la gestation pour autrui. Par conséquent, l'explication de l'application du droit grec au moment de l'autorisation doit être cherchée ailleurs. Des interprétations avancées et déjà exposées[540], il est plus cohérent de soutenir que l'application du droit substantiel grec s'explique

[539] La différence entre les deux ordres juridiques peut d'ailleurs résider dans les termes différents selon lesquels le lien de filiation se crée à la suite d'une assistance médicale à la procréation.
[540] V. chapitre 2, section 1 §2.2, pp. 125-127

mieux par une règle matérielle de droit international privé tacite. La teneur de cette règle dicte l'application des dispositions du droit grec dans tous les cas où une gestation pour autrui est effectuée en Grèce, même lorsque l'affaire présente des éléments d'extranéité [541] . Si la règle de conflit préconisée dans ce contexte était adoptée, l'intervention de cette règle matérielle tacite ne serait pas nécessaire. Examinons les arguments en faveur de la loi du centre où le processus de gestation a lieu.

Tout d'abord, la désignation de cette loi fera coïncider les règles applicables au processus médical avec le droit applicable à l'établissement de la parenté. Elle a en plus l'avantage de refléter fidèlement la réalité. En pratique, les centres d'assistance à la procréation appliquent la législation du pays de leur siège sans, dans la plupart des cas, sans faire intervenir un raisonnement de droit international privé même lorsqu'une décision judiciaire préalable est requise. En outre, l'application de la loi du pays où le processus a lieu coïncide avec la loi que les parties ont souhaité voir appliquer[542]. Toutes les personnes impliquées au processus sont légitimes à penser qu', au moins dans le ressort de l'ordre juridique dans lequel se trouve le centre, le droit applicable régissant les questions de filiation sera la loi de ce pays. Sauf cas de fraude à la loi, la loi du lieu où un couple a eu recours à la gestation pour autrui semble être une solution équilibrée[543]. Pour les ordres juridiques qui ouvrent l'accès à des étrangers, faire primer cette loi est raisonnable. Il serait absurde après avoir donné la possibilité d'utiliser le cadre juridique du pays, de réserver l'application des règles de conflit qui peut remettre en cause le droit appliqué et conduire à l'application du droit d'un autre pays. En même temps, cette loi coïncidera le plus souvent avec la loi de la résidence habituelle de la mère porteuse, voire avec la loi de sa nationalité. Ceci est un argument de plus en sa faveur parce que la mère porteuse est dans un grand nombre des cas la partie la plus vulnérable dans ce projet parental.

Pour autant il est opportun d'examiner les titres d'application de la loi de la résidence habituelle de l'enfant.

---

[541] V. aussi une autre position exprimé par PANOPOULOS Georges, *op.cit.*, *supra.*

[542] ROKAS A. Konstantinos, « Chapter 9 : Greece », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS, *op.cit.*, spéc. p. 163 ; Comp. BOURDELOIS Béatrice, *Mariage polygamique et droit positif français,* (Préf. Pierre BOUREL) GLN Éditions, Paris, 1993, p. 51-52. En outre, dans le cas de la gestation pour autrui on ne peut pas douter quant à la manifestation de la volonté des parties d'être soumises à une législation permettant l'établissement du lien de filiation avec les parents d'intention. Contrairement au mariage polygamique, le lieu de la mise en œuvre du procédé n'est jamais fortuit puisque le couple se déplace en effet pour bénéficier d'un cadre juridique permettant la gestation pour autrui.

[543] V. pour les arguments contre l'application de cette loi v. aussi HENRY Caroline, *Médecine créative et globalisation : nouveaux enjeux et nouvelles polémiques pour le droit international privé*, *op.cit.*, p. 208-209, n^{os} 199-200 ; sur les risques découlant de l'application des lois libérales vs. LABRUSSE-RIOU Catherine, « Bioéthique et droit international privé », *Trav. com. fr. DIP.* 2000-2001, 2002-2003, pp. 47-70 et débats pp. 71-80.

e. La loi de la résidence habituelle de l'enfant

En matière de gestation pour autrui, une règle choisissant comme élément de rattachement la résidence habituelle pourrait résoudre un nombre considérable de problèmes. Celle-ci pourrait revêtir la forme suivante : « *La relation de parenté est régie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de sa naissance* »[544]. La solution a le mérite pour l'ordre juridique grec d'expliquer la jurisprudence, au moins avant l'abolition de la résidence habituelle de la mère d'intention et de la mère porteuse en tant que condition requise pour le recours à une gestation pour autrui. Retenir cette solution permettrait de soutenir que les juges ont appliqué dans les affaires portées à leur connaissance la loi de la résidence habituelle de l'enfant. Toutefois, adopter une telle règle force un peu la logique parce qu'au moment de la décision, l'enfant n'est pas encore né. Cette solution correspond d'ailleurs en partie à une philosophie déjà exprimée dans le système de résolution des conflits de lois en Grèce[545] ainsi qu'à une tendance existante dans les dispositions relatives à l'adoption interétatique[546]. De plus, elle promeut le respect des ensembles dans la mesure où elle fait jouer le même droit applicable aux rapports personnels et à la filiation. En ce qui concerne l'interprétation de la résidence habituelle il serait possible, à l'instar de la jurisprudence allemande, l'entendre comme celle de la femme qui donne naissance à l'enfant[547].

On a reproché à cette règle de faire jouer systématiquement la loi de la résidence habituelle de la mère porteuse[548]. Et il faut noter qu'un tel choix peut poser problème si le pays de la résidence habituelle de la mère porteuse ne la protège pas suffisamment. Le reproche exposé peut être adressé dans le cas où l'on considérera comme résidence de la

---

544 La formule utilisée est prise par Monsieur SATOH Yayohi, « The Relationship between Mother and Child Born with Gestational Agreement in IPL – with the proposals of New Legislation », *Kansai Univ. Rev. L. & Pol.,* N° 27, Mars 2006, pp. 1-15, spéc. p.13.

545 V. notamment le deuxième élément de rattachement retenu par les dispositions des articles 14 § 2, 17 § 2, 18 § 2 du Code civil grec.

546 GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé*, 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS, Théssalonique 2010 [en grec], p. 260 : Selon « *…les dispositions des articles 4 et 5 de la loi n°2447/1996 ramènent la résidence habituelle en rattachement-clé tant pour les questions du droit applicable que pour les questions de procédure* ».

547 GOESSL Susanne, « National Report on Surrogacy: Germany **»**, in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for a Legal Regulation at the International Level*, Hart publishing, pp. 131-142, spéc. p. 139.

548 SATOH Yayohi, « The Relationship between Mother and Child Born with Gestational Agreement in IPL – with the proposals of New Legislation », *Kansai Univ. Rev. L. & Pol.,* N° 27, Mars 2006, pp. 1-15, spéc. p. 14.

mère celle du pays où elle a donné naissance à l'enfant[549]. Dans ce cas, le résultat de la règle sera le même que celui atteint par la règle de conflit préconisant l'application de la loi du pays dans lequel le processus est effectué. Cette règle examinée *in abstracto* conduit toutefois à la loi d'un pays ayant des liens suffisamment étroits avec le rapport de droit en cause. En outre, elle permet de déterminer une loi unique pour régir la question de la filiation, indépendamment de la personne revendiquant ou contestant ce lien[550]. Un de ses avantages est qu'elle pourrait avoir une valeur plus générale que celle d'une règle confinée à la filiation résultant d'une gestation pour autrui. Cette règle a des mérites par rapport à d'autres propositions et par rapport aux règles de conflit en vigueur dans les systèmes de droit examinés. Toutefois, ces dernières peuvent, au prix de certaines adaptations, satisfaire aussi bien les objectifs de droit matériel qu'un ordre juridique assume que le critère de proximité qu'on a supposé essentiel dans la démarche d'identification du droit applicable. Pourquoi donc serait-il opportun de modifier les règles de conflit en matière de filiation ? Une modification des règles de conflit en vigueur apportera, entre autres, plus de clarté à la détermination du droit applicable. Avant, toutefois, de se prononcer sur la nécessité d'une règle de conflit spéciale et éventuellement sur le remaniement plus général des règles de conflit en matière de filiation, il convient de porter notre attention sur les autres techniques de procréation médicalement assistée afin de mesurer le besoin d'une règle de conflit spéciale.

2. En matière de procréation médicalement assistée

Dans l'étude de droit matériel que nous avons mené [551] nous avons présenté des techniques de procréation médicalement assistée destinées à des couples en insistant sur l'originalité des législations ouvrant cette faculté à des couples de femmes, institutionnalisant ainsi un double lien de filiation monosexué. En outre, la particularité de la création d'un lien de filiation *post mortem* a été mise en exergue. L'examen des processus de procréation médicalement assistée et des liens de filiation créés révèle que la structure et l'économie des relations qui se nouent entre les personnes impliquées dans une procréation naturelle ne sont pas radicalement différentes de celles existant dans un couple de sexe différent qui procrée naturellement. À l'exception de processus

[549] COESTER-WALTJEN Dagmar, « Problems of transnational surrogacy arrangements », in *Medically Assisted Reproduction: Towards a Common European legislation ?*, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 297-308, spéc. p. 304.
[550] SATOH Yayohi, « The Relationship …. », *op. cit.*, *ibid.*
[551] V. *supra* chapitre 1, section 1, § 2, pp. 59 et *seq.*

impliquant l'apport d'un donneur, les facteurs indicatifs d'un lien avec un ordre juridique sont les mêmes que ceux dans ces cas de parenté ordinaires. Contrairement à la gestation pour autrui, l'internationalisation des relations créées dans le contexte d'une procréation médicalement assistée n'est guère perceptible. Les personnes ayant un lien avec un ordre juridique étranger n'ont pas un rôle ou une implication si active dans le processus pour que cette implication suscite un raisonnement de droit international privé. Et même lorsque le processus implique la contribution d'un donneur ou d'une donneuse, le rôle de ces personnes est secondaire par rapport à celui d'une mère porteuse.

Ceci ne signifie pas que le rôle et la place d'un donneur dans un processus procréatif doivent être sous-estimés. La prise en considération de ces deux paramètres est nécessaire parce qu'il existe des ordres juridiques n'excluant pas la possibilité de création d'un lien de filiation avec le donneur. En outre, la quête identitaire du côté de l'enfant conçu par une assistance médicale à la procréation démontre que les rapports entre les participants dans un projet parental à plusieurs ne s'épuisent pas le jour de la conception ou encore de la naissance. Il existe des cas où des enfants nés par procréation assistée avec donneur cherchent l'identité de leur géniteur et des cas des donneurs qui tentent de nouer des rapports avec les enfants conçus avec leur matériel génétique. Il n'en reste pas moins que l'internationalité dans ces cas n'est pas aussi caractérisée qu'elle l'est dans le cas des gestations pour autrui internationales. C'est pourquoi, il est possible d'envisager le même traitement du problème du droit applicable à ces situations que celui qui concerne la filiation dans le cas d'une parenté créée par procréation naturelle, notamment dans le contexte d'une reconsidération des règles de conflit en matière de filiation. Il existe d'ailleurs des raisons, en dehors des celles déjà évoquées, en faveur d'une reconsidération des règles de conflit en matière de filiation qui dépassent le contexte de l'assistance médicale à la procréation. Les lignes qui suivent se concentreront sur les raisons de reconsidérer les règles de conflit (a), sur le choix de la désignation de la loi nationale (b), pour aboutir à une proposition de règle en faveur de l'application de la loi du for en matière de filiation (c).

a. Raisons de reconsidération des règles de conflit en matière de filiation

Des tests ADN permettent désormais l'identification du père génétique avec une certitude quasi-absolue. Dans bon nombre de pays, la preuve de la paternité dans un contexte contentieux dépend de la soumission du prétendu père à de tels tests. La facilité

de constatation de l'existence ou de l'absence d'un lien génétique et l'admission en principe des tests ADN contribuent à une uniformisation implicite des droits nationaux de filiation. La présomption de paternité a perdu une partie de son importance pratique pour l'établissement de la filiation paternelle en raison de l'efficacité des tests ADN à prouver de manière positive la paternité. Ensuite, la médicalisation des processus de procréation en combinaison avec l'intervention du droit rendent possible l'existence d'un géniteur n'ayant pas de lien juridique avec les enfants nés. L'ensemble de ces évolutions conforte l'interrogation relative à la nécessité de l'adoption de nouvelles règles de conflit. Cela dit, examinons les différentes réponses envisageables.

b. L'application de la loi nationale

La nationalité continue à être un élément de rattachement préconisé en doctrine[552]. La nationalité est d'ailleurs l'élément de rattachement retenu par le législateur belge en matière de filiation. Ainsi, l'article 62 du code de droit international privé belge qui désigne le droit applicable en matière de filiation, sans distinction des liens de filiation créés en faveur de couples de même sexe, prévoit :

> « *§ 1er. L'établissement et la contestation du lien de filiation à l'égard d'une personne sont régis par le droit de l'État dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte.*
>
> …
>
> *§ 2. Lorsqu'un lien de filiation est établi valablement selon le droit applicable en vertu de la présente loi à l'égard de plusieurs personnes, le droit qui régit la filiation résultant de plein droit de la loi détermine l'effet sur celle-ci d'un acte de reconnaissance. En cas de conflit entre plusieurs filiations résultant de plein droit de la loi ou résultant de plusieurs actes de reconnaissance, le conflit est régi, parmi les droits désignés, par celui de l'Etat avec lequel la situation présente les liens les plus étroits* ».

La règle de conflit de principe conduit à l'application de la loi nationale de la personne dont le lien de filiation est en cause. Il importe d'observer que le législateur belge, avant l'avènement de sa loi portant sur l'établissement de la coparenté[553] avait dans le paragraphe 2 de l'article 62 pris spécialement en considération l'éventuelle création d'un lien de filiation en faveur de deux personnes de même sexe. Ces dispositions présentent

[552] V. en ce sens RASS-MASSON Lukas, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, (dir. de thèse Yves LEQUETTE), Univ. Panthéon-Assas Paris II, soutenue le 3 décembre 2015.
[553] La loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2015. V. chapitre 1, section 1, § 2.

un intérêt particulier lié au fait qu'au moment de leur adoption le droit belge ne prévoyait que l'adoption en tant que moyen de création d'un lien de parenté en faveur des couples de même sexe. Il n'existait pas de mécanisme de création automatique d'un lien de filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée. Ces dispositions apportent donc une réponse à la question relative à l'utilité d'une règle de conflit en l'absence en droit interne de l'institution à laquelle on veut déterminer le droit applicable. Désormais, la réglementation en vigueur révèle que le lien de filiation tissé en faveur d'un couple de même sexe n'appelle pas selon le législateur belge une catégorie et une règle de conflit distinctes. Enfin, nous observons en droit international privé belge la place explicite consacrée à la recherche du droit ayant les liens le plus étroits avec le problème en cause.

La recherche de la loi présentant les liens le plus étroits intervient dans le cas de conflit de filiations. Cette solution est également susceptible de trouver application dans un cas où le conflit de filiations implique un couple de même sexe. Une critique fréquemment exprimée à l'encontre des clauses qui reposent sur l'identification des liens les plus étroits est qu'elles ne sont pas de véritables règles. Elles ne sont d'aucun secours pour les juges dans les ordres juridiques de tradition romano-germanique parce que les juges dans ces derniers ne disposent pas des mêmes moyens qu'un juge pays de *common law* pour identifier de manière sérieuse de la loi ayant les liens le plus étroits. L'utilité toutefois de cette clause nécessitant la recherche des liens de proximité apparaît dans des cas où elles conduisent à une législation favorisant l'établissement de la filiation. Au demeurant, cette règle a un rôle mineur par rapport à la règle de principe qui désigne comme applicable à l'établissement du lien de filiation la loi de la nationalité. Ce choix peut être particulièrement problématique dans le cas où les autorités belges font une application rigide de la règle de conflit de principe au stade de l'établissement des actes de naissance en faveur des couples de femmes de nationalité étrangère en Belgique. Une application rigide sans exception privera des couples de ressortissantes d'autres pays établies en Belgique de la possibilité d'établir automatiquement un lien de filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée. Similaire est la solution de la règle de conflit de lois néerlandaise qui désigne comme loi applicable la loi de la nationalité commune de deux femmes ayant eu recours à la procréation médicalement assistée et qui aboutit aussi à un résultat inéquitable[554].

À l'encontre de solutions de ce type il faut tout d'abord noter le fait que ces femmes ne seront *a priori* pas exclues de la possibilité d'adopter les enfants conçus par

[554] Sur ces règles v. *supra* dans le chapitre 2, section 1§2.B.1, pp. 128-129.

procréation médicalement assistée. Leur nationalité ne peut donc pas constituer une raison suffisante pour les exclure du bénéfice de la création automatique de leur lien de filiation parce que, comme nous l'avons démontré, le risque de la création des rapports boiteux n'est pas si important qu'on aurait pu le penser. Au vu des observations précédentes une autre solution nous semble plus opportune.

c. Les mérites de la loi de la résidence habituelle et le retour à la loi du for

Nous avons déjà expliqué qu'une règle de conflit qui conduirait à la désignation de la loi de la résidence habituelle des personnes ayant formulé le projet parental aurait certains mérites. Cette règle pourrait prendre la forme suivante :

> « *L'établissement et la contestation du lien de filiation à l'égard d'un enfant sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle des personnes ayant formulé le projet parental.*
> *Pour la filiation d'un enfant né d'une assistance médicale à la procréation la résidence habituelle sera appréciée au moment de l'initiation de la procédure* ».

La fixation dans le deuxième alinéa de cette proposition de règle du moment où la résidence habituelle garantirait que l'ordre juridique ayant permis l'accès à la technique et l'établissement de la filiation ne conduise pas à l'application d'une loi pouvant remettre en cause le lien créé en raison du déménagement du couple dans un autre pays après la fécondation artificielle. De plus, dans le cas d'une filiation créée en faveur de deux personnes de même sexe ou plus généralement d'une filiation résultant de l'accès à une technique d'assistance à la procréation, l'appréciation de la résidence habituelle au moment de l'accès des particuliers à ladite technique s'explique aussi par le fait que c'est à ce moment précis que les personnes visent l'application d'une certaine législation permettant l'établissement ou non d'une filiation.

La loi de la résidence habituelle a d'ailleurs l'avantage d'être admise par plusieurs pays comme la Suisse[555], l'Allemagne[556] et dans une moindre mesure l'Espagne[557]. Une

[555] Article 68 LDIP : « *1. Principe*
1. L'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant.
2. Toutefois, si aucun des parents n'est domicilié dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant et si les parents et l'enfant ont la nationalité d'un même Etat, le droit de cet État est applicable. » ;
Art. 69 LDIP :
« *2. Moment déterminant*

telle règle est également conforme à la pratique de bon nombre des pays conditionnant l'accès à certaines techniques d'assistance à la procréation et la création de ces nouvelles formes de filiation à une condition de domicile ou de résidence. En outre, le choix de la résidence habituelle des personnes ayant formulé le projet parental conduit à l'application de la loi du pays où se trouve le centre de la vie de l'enfant[558]. Et la concordance de ces deux éléments résulte aussi du fait que le centre de vie de l'enfant résulte de la volonté des parents[559].

En dépit des avantages d'une règle de conflit choisissant la résidence habituelle comme élément de rattachement de principe, des raisons conduisent à énvisager l'application du droit du for. Un argument en faveur d'une telle solution découle tout d'abord du fait qu'elle est adoptée par bon nombre des pays ayant autorisé la gestation pour autrui et les nouvelles techniques de procréation médicalement assistée, et spécialement par ceux ayant autorisé l'accès aux couples de même sexe. La justification principale à l'appui de ce choix pour les liens de filiation établis en faveur de deux femmes est, comme nous l'avons déjà mentionné, le caractère novateur de l'institution en cause. En faveur de cette solution on a soutenu que faire régir dans un système à

---

1. Pour déterminer le droit applicable à l'établissement, à la constatation ou à la contestation de la filiation, on se fondera sur la date de la naissance.

2. Toutefois, en cas de constatation ou de contestation judiciaires de la filiation, on se fondera sur la date de l'action si un intérêt prépondérant de l'enfant l'exige ».

556 Article 19 EGBGB : « *1) La filiation d'un enfant est régie par le droit de l'État dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle. Elle peut aussi être établie envers chaque parent conformément au droit de l'État dont le parent a la nationalité. Si la mère est mariée, la filiation peut être établie conformément au droit applicable aux effets généraux du mariage selon l'*article *14 alinéa premier au moment de la naissance ; si le mariage a été antérieurement dissout par décès, le moment de cette dissolution est déterminant* » : La traduction des dispositions de la loi introductive du Code civil allemand relatives au droit international privé en matière familiale a été effectuée par MATRINGE Eve, Docteur en droit privé, et elle est consultable sur le site suivant :
<http://www.jafbase.fr/docUE/Allemagne/DIPFrench.PDF>dernière visite le 12.10.2016.

557 Ainsi l'article 9.4 du Code civil établit :

« *4. El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.* »

(La nature et le contenu de la filiation, y compris la filiation adoptive et les rapports paterno-filiaux, sont régis par la loi personnelle de l'enfant. Si celle-ci ne saurait être déterminée, sera applicable la loi de la résidence habituelle de l'enfant). Nous tenons à remercier M. Antonio MARZAL YETANO, maître de conférences à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, pour son aide à la recherche et à la traduction des dispositions espagnoles.

558 En faveur de la résidence des individus dont les liens de filiation sont en cause v. HENRY Caroline, *Médecine créative et globalisation : nouveaux enjeux et nouvelles polémiques pour le droit international privé*, (dir. de thèse Horatia Muir Watt), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, soutenue le 28 novembre 2007, pp. 361-362, n^{os} 330-331. Selon cet auteur, toutefois, la résidence habituelle ne doit pas se limiter à la réglementation des liens de filiation mais doit aussi couvrir les « *questions relatives à l'accès à la médecine créative* ».

559 Pour un inventaire des avantages et des inconvénients de la résidence habituelle en tant qu'élément de rattachement en matière familiale v. entre autres : MUIR WATT Horatia, RICHEZ-PONS Anne, « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », *J.Cl droit international*, fasc. 543-10, spéc. pp. 14-24 ; MC ELEAVY Peter, « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de *common law* », *Trav. com. fr. dip*. 2008-2010, Éditions Pedone, Paris, 2011, pp. 127-146 et les débats pp. 147-155.

caractère libéral les rapports de droit par une loi qui ne les reconnaît pas aboutirait à privilégier la position des pays affichant les positions les plus conservatrices ou restrictives[560]. Tout au plus, l'application d'une règle de conflit désignant le droit du for qui coïncide avec le droit du pays dans lequel la filiation est établie en premier satisfait le besoin de continuité des liens de filiation à travers les frontières. La solution ne doit pas être taxée de particularisme si elle reconnaît dans des conditions libérales des rapports de droit institués à l'étranger présentant des caractères similaires à ceux de l'institution du droit du for. Ainsi, la Suède qui adopte une règle de conflit conduisant à l'application du droit du for, prévoit en même temps un régime de reconnaissance facilité des rapports privés, et notamment des filiations aux caractères similaires à celles instituées en Suède[561].

Plus précisément, en Suède l'établissement et la révocation de la filiation de la femme consentante sont soumis au droit suédois[562]. La règle ne suit pas la forme bilatérale d'autres règles de conflit suédoises comme celle relative à la paternité. L'article 5 de la loi portant sur les questions internationales de paternité prévoit qu'une action en révocation de paternité sera appréciée par un tribunal suédois selon la loi du pays où l'enfant a sa résidence habituelle au moment du commencement de la procédure[563]. La solution du droit applicable à la coparenté coïncidera aussi dans un grand nombre de cas avec celle à laquelle mènerait une règle de conflit bilatérale choisissant comme élément de rattachement la résidence habituelle des personnes formant le projet parental. Cette solution trouve son explication dans le fait que l'établissement d'une filiation entre deux partenaires de même sexe nécessite que le couple de femmes ait eu recours à la technique de procréation médicalement assistée auprès d'un hôpital public suédois. Par conséquent, les personnes intéressées auront le plus souvent leur résidence habituelle en Suède. Certes, si un différend surgit postérieurement à la mise en œuvre du procédé, et plus précisément au moment où le couple aura fixé sa résidence habituelle dans un pays autre que celui où le recours a eu lieu, une dissociation résulterait entre le droit appliqué au moment de l'accès à la technique et le droit de la résidence habituelle. Une telle situation peut apparaître pour des couples de femmes ayant eu recours à une telle procédure au Royaume-Uni et qui ont ensuite déménagé en Suède. Dans ces cas l'application du droit du for pourrait ne pas être adaptée à la résolution d'un contentieux portant sur le lien de

---

560 JÄNTERA-JÄREBORG Maarit, « Parenthood for Same-Sex Couples: Challenges of Private International Law from a Scandinavian Perspective » in *Liber Memorialis Petar Šarčević Universalism, Tradition and the individual*, Selier European Law Publishers, München, 2006, pp. 75-91, spéc. p. 90.
561 JÄNTERA-JÄREBORG Maarit, « Parenthood for Same-Sex Couples… », *op.cit.*, p. 90.
562 JÄNTERA-JÄREBORG Maarit, *Ibid.*.
563 JÄNTERA-JÄREBORG Maarit, « Parenthood for Same-Sex Couples… », *op.cit.*, p. 89, note. 64.

filiation. Étant donné que le droit suédois prévoit des conditions pour l'établissement d'un double lien de filiation monosexué différentes de celles du Royaume-Uni, l'application du droit du for pourrait aboutir dans un tel cas à l'impossibilité de reconnaissance des liens de filiation créés à l'étranger[564]. Un tel résultat ne serait pas souhaitble parce que l'autorisation de ce processus et la création d'un tel lien sont acceptés en principe par les deux ordres juridiques. D'ailleurs, dans une telle situation le droit suédois appliqué en tant que droit du for n'aura pas nécessairement des liens étroits avec le rapport de droit en cause et il pourrait conduire à des solutions inéquitables. Cependant, dans une telle situation la sortie de l'impasse sera possible par le biais d'une reconstruction du lien de filiation dans le pays de la nouvelle résidence habituelle.

L'application de la loi du for aux problèmes d'établissement et de contestation des liens de filiation devrait, pour se révéler praticable, être combinée avec une règle de conflit de juridictions faisant primer systématiquement la compétence du juge de la résidence habituelle des enfants. Il faut ajouter en faveur de la solution de l'application de la loi du for qu'elle est acceptée par les pays de *common law*. En outre, même dans les pays de tradition civiliste le choix des règles de conflit à coloration matérielle constitue en réalité une transposition des valeurs substantielles du for sur le plan du droit international privé sans nécessairement avoir vérifié que celles-ci sont partagées par les ordres juridiques potentiellement impliqués dans un rapport privé donné. Plus encore, l'application du droit du for serait en cohérence avec la pratique des autorités judiciaires et non-judiciaires au moment de l'établissement des actes de l'état civil. En outre, une des reproches à l'encontre de l'application du droit du for serait liée au fait qu'elle serait à même de conduire au refus de reconnaissance des liens de filiation établis dans un pays étranger. Ce problème peut être traité par une solution matérielle combinant les éléments de l'institution de la possession d'état avec certains aspects de la méthode de la reconnaissance. Cette solution sera présentée plus amplement ultérieurement[565].

Enfin, il faut noter que la proposition d'application de la loi du for est liée au recul du rôle de la règle de conflit en matière de filiation. Les règles de conflit indépendamment du degré d'acceptation par les ordres juridiques concernés, ne peuvent pas apporter des réponses aux problèmes plus épineux des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation. Des données jurisprudentielles propres aux liens de

[564] On pourrait penser qu'une adaptation pourrait conduire à une solution plus souple. Toutefois, comme le démontre l'affaire citée dans le chapitre 2, Section 2 § 1.B.1, p. 100 et *seq.*
[565] V. chapitre 6, section 2, § 1.B, pp. 463 et *seq.*

filiation créés à la suite d'une assistance à la procréation en attestent [566]. Des considérations d'ordre public et de droit matériel comme l'intérêt supérieur de l'enfant exercent une influence plus cruciale en matière de droit de la filiation. D'ailleurs, un rôle considérable revient aux règles matérielles.

B. LES RÈGLES MATÉRIELLES

La formulation des règles matérielles adaptées aux objectifs que chaque ordre juridique assume est nécessaire pour arriver à des solutions réalistes et efficaces et réduire la survenance de situations impliquant des conflits de lois. Nombreux sont les exemples où la modification des règles substantielles en vigueur ou l'adoption d'autres nouvelles règles apporte finalement les solutions recherchées aussi sur le plan des conflits de lois. Le changement de législation peut aller aussi bien dans le sens de la restriction que dans le sens de la libéralisation. Ainsi, en France, en matière de polygamie, les dispositions nouvelles relatives à l'entrée et le séjour des étrangers ont considérablement diminué la survenance des problèmes de conflit de lois[567]. Ces dispositions ont érigé en tant que condition de jouissance des droits civiques le fait de ne pas vivre en état de polygamie. En Grèce l'introduction en 1982 du mariage civil comme forme équivalente au mariage religieux a effacé les problèmes de droit international privé aussi bien pour les mariages civils célébrés à l'étranger que pour les mariages réligieux célébrés en Grèce. L'assimilation de la filiation naturelle à la filiation légitime a d'ailleurs signalé la fin de certains problèmes de conflit de lois en France et en Grèce. Ainsi, indépendamment des positions soutenues sur le principe de l'acceptation ou non des certains processus d'assistance médicale à la procréation, il existe des propositions de règles pouvant satisfaire les objectifs d'un ordre juridique que cet ordre juridique soit restrictif (1) ou permissif (2).

1. Dans un ordre juridique restrictif

L'ordre juridique français a en matière de gestation pour autrui suivi une approche d'interdiction stricte et absolue. Toutefois, il ressort clairement de la jurisprudence que

[566] V. en particulier l'analyse jurisprudentielle dans le chapitre 5.
[567] V. plus précisément les articles L. 313-11, L. 314-5 et L. 314-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

l'interdiction n'a pas été suffisamment dissuasive pour les couples de Français souhaitant avoir recours à une gestation pour autrui à l'étranger. Cette observation corrobore l'assertion que la prohibition n'était pas intelligible[568] et sûrement pas efficace. Pour faire face à cette inefficacité des propositions plus strictes ont été formulées. Une de celles-ci était celle déposée à l'initiative du député M. Jean LEONETTI[569].

La proposition, qui a été rejetée, visait au renforcement des peines encourues par des personnes qui provoquent « *les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître* » (art. 227-12 du Code pénal). Le changement le plus radical de la proposition découlait de l'insertion d'une nouvelle disposition. Un nouvel article 511-14 dans le code pénal devait prévoir que :

> « *Le fait d'effectuer des démarches auprès d'agences ou d'organismes, français ou étrangers, permettant ou facilitant, contre un paiement, la pratique de la gestation pour le compte d'autrui, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.*
> *Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la naissance d'un enfant par la pratique de la gestation pour le compte d'autrui, sur le sol français ou à l'étranger, contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

L'insertion d'une telle disposition permettrait de poursuivre en pénal les parents de nationalité française dans tous les cas où ils auraient recours à une gestation pour autrui, même à l'étranger. La modification de cette disposition aurait rendu possibles les poursuites, qui par le passé étaient classées. Il est d'ailleurs intéressant d'observer la démarche de clarification des termes de l'interdiction par la mention explicite de la mise en œuvre d'un processus à l'étranger.

Une autre proposition encore plus stricte a été déposée à la suite des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 par le député M. Jean-Pierre LELEUX qui a été aussi rejetée[570]. Cette proposition visait une incrimination plus stricte des actes commis à l'étranger comme en France. Elle proposait l'introduction d'un nouvel article 227-12-1 dans le Code pénal prévoyant que : « *Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la naissance d'un enfant par le recours à une mère porteuse est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ». En parallèle, une nouvelle disposition 47-1

---

568 *Contra* LEQUETTE Yves, « De la « proximité » au « fait accompli », *Mélanges Pierre MAYER*, L.G.D.J./LEXTENSO Éditions, Paris, 2015, pp. 481-518, p. 503, n° 22.
569 Proposition n° 2277, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 octobre 2014, consultable sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2277.asp>.
570 Proposition de loi visant à lutter contre le recours à une mère porteuse, n° 2706, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 2015.

aurait été insérée dans le Code civil disposant qu'un acte étranger reconnaissant une filiation issue d'une procréation ou d'une gestation pour autrui en faveur d'une personne de nationalité française est nul[571]. Enfin, pour les rédacteurs de la proposition, la conclusion d'une convention internationale ayant comme objectif l'interdiction de la gestation pour autrui est également indispensable[572].

Monsieur LEQUETTE propose une autre forme de sanction. Il préconise la déchéance de la nationalité française pour les parents d'intention qui ont eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger[573]. Il propose en réalité la transposition à la gestation pour autrui de la sanction prévue par l'article 8 du décret du 27 avril 1848 prévoyant que les personnes qui font du commerce ou ont à leur possession des esclaves perdent de plein droit leur nationalité[574]. Selon cette proposition, la gestation pour autrui est assimilable à l'esclavage et doit par conséquent conduire à des sanctions similaires[575].

Enfin, la proposition la plus radicale porte sur la réglementation des droits des enfants nés d'une gestation pour autrui et provient du Cercle d'Etude de Réformes Féministes[576]. Elle envisage la déchéance de tout droit parental des personnes qui ont eu recours à une gestation pour autrui. Selon cette proposition les enfants nés seront élevés en tant que pupilles de l'État et ils seront placés en vue d'une adoption. Ils proposent toutefois des mesures transitoires pour les parents qui ont déjà eu recours à une gestation pour autrui pour ne pas ébranler des situations familiales déjà créées.

Aucune de ces propositions n'a été retenue par le législateur français. Leur caractère strict peut étonner. Cependant, les sanctions proposées ne doivent pas choquer, si l'on accepte d'assimiler la gestation pour autrui à l'esclavage, à la traite des êtres humains ou encore à un achat d'enfants. Ces sanctions sont en cohérence avec la rigueur

---

[571] Le même article semble vouloir empêcher les personnes de nationalité étrangère de la posssibilité de se prévaloir des effets d'une gestation pour autrui. La provision est toutefois confuse : « *Sur l'ensemble du territoire français, aucune décision de quelque autorité que ce soit, aucun acte, quelle que soit sa nature juridique, ne peut avoir pour objet de reconnaitre la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui, y compris à l'égard de citoyens étrangers, quelle que soit leur nationalité* ».

[572] Deux autres propositions, l'une visant à l'interdiction de transcription de tout acte de naissance dressé à la suite d'une gestation pour autrui et au renforcement des sanctions encourues par les personnes y ayant recours et l'autre visant à l'insertion du principe de l'indisponibilité du corps humain dans la Constitution, ont été rejetées le 21 juin 2016 ; v. sur ces propositions MALLAVAL Catherine, BALLET Virginie, « GPA : le coup d'épée dans l'eau de deux députés de droite », *La Libération* 21 juin 2016, consultable sur : <http://www.liberation.fr/france/2016/06/21/gpa-le-coup-d-epee-dans-l-eau-de-deux-deputes-de-droite_1461011> dernière visite le 12.12.2016.

[573] LEQUETTE Yves, « De la « proximité » au « fait accompli », *Mélanges Pierre MAYER*, ….pp. - , no 27.

[574] *Ibid.*

[575] *Ibid.* ; FABRE-MAGNAN Muriel, « Les nouvelles formes d'esclavage et de traite ou le syndrome de la ligne Maginot », *D.* 2014, pp. 491-492.

[576] VIGÉRIE Anne, « GPA: priver de tous droits parentaux les acheteurs d'enfants », 03.10.2014, consultable sur :
< http://www.huffingtonpost.fr/anne-vigerie/droits-gpa_b_5925738.html> dernière visite le 12.10.2016.

d'une partie de la critique adressée contre ce processus. Au contraire, l'attitude de ceux qui adoptent une critique stricte à l'égard de ce processus sans toutefois proposer des sanctions analogues est entachée d'incohérence. Pour ce qui nous concerne et pour les raisons que nous avons déjà évoquées nous ne partageons ni ces critiques excessives de la gestation pour autrui ni les propositions formulées[577]. En outre, une critique qui peut être formulée à l'encontre de ces propositions est qu'elles n'envisagent nullement les aspects pratiques du contrôle de ces procédés et n'avancent pas des mesures précises qui permettraient l'identification des cas de gestation pour autrui aux frontières. Elles ne font pas référence aux formalités de transcription des actes de naissance. Des considérations d'efficacité militeraient, pour contrôler la survenance d'une gestation pour autrui, de rendre obligatoire la transcription des actes de naissance des enfants nés à l'étranger comme c'est le cas pour les mariages des Français célébrés à l'étranger. En outre, une modification qui aurait comme objectif de dissuader le recours de couples à la gestation pour autrui pourrait être d'exiger la production d'un certificat d'accouchement lors de la transcription de l'acte de l'état civil. Nous rejetons donc ces mesures à la fois pour des raisons de fond et pour des raisons d'efficacité. Notre opposition est encore plus ferme à l'égard de ceux qui préconisent l'adoption des restrictions quant aux autres processus de procréation médicalement assistée.

L'intervention de l'État pour empêcher des couples de même sexe, et notamment des couples de femmes, de recourir à une technique de procréation médicalement assistée va au-delà de ce qui est acceptable dans les traditions constitutionnelles communes des pays membres du Conseil de l'Europe. Elle nécessiterait l'intervention de l'État dans la sphère intime de la personne, ce qui n'est pas juridiquement acceptable. Elle serait en effet constitutive d'une intrusion grave et disproportionnée aux libertés individuelles[578]. En outre, empêcher les personnes d'y recourir impliquerait une mobilisation des autorités étatiques et des coûts afférents démesurés.

Notre solution face aux impasses créées en présence des situations internationales consiste à proposer l'autorisation et l'encadrement en droit interne de la gestation pour autrui[579] et d'autres processus de procréation médicalement assistée conduisant à des liens

---

577 V. *supra* chapitre 1, Section 2, § 3, p. 100 et *seq.*

578 *Contra* SINDRES David, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015, pp. 429-504.

579 En faveur de cette solution v. aussi MEILHAC-PERRI Marion, « Surrogacy Across State Lines : Challenges and Responses, National Regulation and Cross-border Surrogacy in France », *Yearbook of Private International Law* 2014-2015, pp. 275-288, spéc. p. 287 ; MEILHAC-PERRI Marion, *L'autonomie de la volonté dans les filiations électives*, thèse soutenue le 2 décembre 2014 (sous la dir. de CORNELOUP Sabine), Université de Bourgogne 2014, spéc. pp. 474-483, n^{os} 573-582 ; DERÈSE Marie-Noëlle, « L'accès à la gestation pour autrui », in Geneviève SCHAMPS, Jehanne SOSSON (sous la dir. de), *La gestation pour*

de filiation jusqu'ici inédits. Même si la gestation pour autrui ne pourrait pas être envisagée dans certains ordres juridiques contre rémunération, il existe un nombre considérable de cas où la personne qui décide de porter l'enfant ne reçoit aucun type de paiement autre que pour les dépenses médicales. C'est souvent le cas lorsque la gestatrice est une amie proche du couple ou un membre de la famille[580]. Dans cette ligne de pensée il serait raisonnable de prévoir que les pays à législation restrictive adoptent néanmoins un modèle d'accès limité à la gestation pour autrui comme c'est le cas du Brésil[581]. L'adoption d'un tel modèle n'apporterait pas de solution globale. Elle pourrait cependant réduire le nombre des personnes qui traversent les frontières pour avoir recours à la gestation pour autrui dans des pays où il n'existe pas une transparence suffisante par rapport aux pratiques suivies. Une telle réglementation serait à même de diminuer les difficultés liées au caractère transfrontalier des processus. Un tel changement constitue d'ailleurs la crainte principale des pays qui profitent financièrement de ces activités[582].

Pour autant, la légalisation seule de la gestation pour autrui et des autres techniques de procréations médicalement assistée n'est pas à même d'apporter des solutions à tous les problèmes qui sont liés au caractère transfrontalier de la pratique. À juste titre, il pourrait être observé que la réglementation de la gestation pour autrui n'exclut pas que des couples ne cherchent pas dans d'autres ordres juridiques des gestatrices à un moindre coût ou dans des conditions beaucoup moins exigeantes. Les pays qui légalisent la gestation pour autrui doivent prévoir une procédure de reconnaissance des liens de filiation créés à l'étranger ou la création des liens correspondants permettant la protection des droits des enfants et de la gestatrice. Ils

---

autrui : vers un encadrement ?, BRUYLANT, Bruxelles, 2013, pp. 293-323 ; v. aussi les réflexions au sujet de la gestation pour autrui dans : THÉRY Irène, LÉROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, 2014, pp. 185-192, consultable sur : <http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf> dernière visite le 12.10.2016 ; *contra* FRAGU Estelle, *Des bonnes moeurs à l'autonomie personnelle, Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, thèse soutenue le 9 novembre 2015 (sous la dir. de LEQUETTE Yves), Paris 2 Panthéon-Assas, spéc. pp. 505-507, n^{os} 1022-1023.

[580] Pour la Grèce v. RAVDAS Pantelis, « Maternité de substitution : Les attentes du législateur face au défi des données statitistiques » in Athanasios C. PAPACHRISTOU, Efie KOUNOUGERI-MANOLEDAKI (sous la dir. de), *Droit de la famille au 21ème siècle, des changements incidents à des changements structurels*, Athènes-Thessaloniki, Sakkoulas, 2012, p. 67, et *seq.*, spéc. p. 81 [en grec] ; C. AUTIN, M.L. GUSTIN, A. DELVIGNE, « In vitro fertilization surrogacy : experience of one Belgian centre », 26 *Human Reproduction* 2011, (suppl 1) i80–i82. Cet article paraît dans les *Abstracts* de la 27ème rencontre annuelle de la *European Society of Human Reproduction and Embryology*, Stockholm, Suède, 3–6 juillet 2011, Selected Oral Communication Session, Session 53: « Cross Border Reproductive Care & ART in Developing Countries », mardi, 5 juillet 2011, consultable sur : <www.humrep.oxfordjournals.org/content/26/suppl_1/i80.abstract?etoc> dernière visite le 12.10.2016.

[581] DE ARAUJO Nadia, VARGAS Daniela, DE CAMPOS VELHO MARTEL Letícia, « Brazil », in P. BEAUMONT/ K. TRIMMINGS, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level* (Studies in Private International Law), Hart Publishing, Oxford/Portland, 2013, p. 85 *et seq.*, spéc. p. 87.

[582] ROKAS A. Konstantinos, « National Regulation… », *op.cit.*, spéc. p. 313.

doivent en même temps prévoir des sanctions monétaires pour des personnes ayant recours à des cliniques ou à des intermédiaires n'assurant pas la protection des tous les participants. Une telle démarche ne serait pas futile à condition que les sanctions soient à la hauteur des sommes que des particuliers payeraient dans un pays assurant une meilleure protection. Des mesures sont indispensables aussi du côté des pays permissifs.

2. Dans un ordre juridique permissif

Refuser d'assimiler la gestation pour autrui à l'esclavage ne signifie pas en nier les risques et dangers pour les personnes impliquées et en particulier pour la gestatrice. Les ordres juridiques permissifs sont en position d'anticiper certaines difficultés qui naissent en raison de l'internationalité d'une situation relative à une assistance médicale à la procréation. Dans le deuxième chapitre nous avons examiné certains de ces moyens de coordination. La logique de ces moyens était de prévenir les difficultés en limitant l'accès uniquement aux personnes qui, soit ont leur résidence habituelle ou leur domicile dans le pays de la mise en œuvre du processus, soit ont leur résidence habituelle dans un pays ne posant pas de problème de reconnaissance de ce statut familial. Nous avons exprimé notre scepticisme quant à l'adoption de telles limites[583]. Il ne faut toutefois pas nier leur utilité, notamment dans les cas où les ordres juridiques ouvrant la voie à ces processus n'ont pas adopté des mesures appropriées dans le but de protéger les personnes participantes[584].

Une autre approche sur le plan substantiel viserait par l'adoption d'autres règles substantielles à faire face à certaines difficultés générées par les processus d'assistance médicale à la procréation. Pour ce qui concerne la gestation pour autrui, on observe que dans des pays où la question de la parenté est résolue après la naissance de l'enfant, comme dans le cas du Royaume-Uni, des risques importants existent pour l'enfant et pour les droits de la gestatrice. Si un accident survient et les parents d'intention décèdent, l'enfant sera privé de parents et éventuellement d'une protection adéquate. De plus, selon le droit anglais, la gestatrice reste juridiquement la mère de l'enfant. C'est pourquoi l'on a proposé que la question de la parenté soit résolue avant la naissance de l'enfant comme

583 ROKAS A. Konstantinos, « National Regulation and Cross-border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations », *Yearbook of Private International Law* 2014-2015, pp. 289-314, spéc. p. 307.
584 *Ibid.*

c'est le cas dans certains ordres juridiques comme la Grèce et l'Afrique du Sud[585]. Une telle proposition n'est pas incompatible avec le droit de la gestatrice de changer d'avis après la naissance de l'enfant. À l'appui de celle-ci on peut avancer qu'elle procède à une meilleure allocation des responsabilités entre les participants tout en permettant aux parents d'intention de mieux comprendre la complexité du processus et les paramètres à prendre en considération, comme le risque que la gestatrice change d'avis.

Les droits de la gestatrice sont aussi un aspect de la réglementation qui doit retenir l'attention[586]. Il est opportun pour mieux assurer ses droits de prévoir une consultation juridique obligatoire avant l'initiation du processus. Ce conseil devrait être assuré, soit par un avocat indépendant des parents d'intention, soit par une autorité indépendante. Il serait également opportun de rendre obligatoire la souscription d'un contrat d'assurance de la part des parents d'intention d'un contrat d'assurance couvrant tous les coûts éventuels d'examens et des actes médicaux, nécessaires pour la santé de la mère porteuse[587]. Enfin, les pays permissifs doivent créer les mécanismes garantissant l'indemnisation de la gestatrice. Des cas de couples de parents d'intention qui sont rentrés dans le pays de leur résidence habituelle sans verser les sommes convenues ont été relevés. Dans certains États des États-Unis la consignation des sommes convenues ou la constitution d'une garantie sont imposées avant la naissance d'un enfant[588].

Pour ce qui concerne les autres techniques d'assistance médicale à la procréation, on observe que l'internationalité n'affecte pas toujours de manière directe les problèmes qui se posent. Cela ne signifie pas pour autant que les problèmes à dimension internationale manquent, notamment dans des cas des techniques soulevant le plus de difficultés comme une technique réalisée *post mortem* ou une procréation médicalement assistée réalisée à l'initiative d'un couple de même sexe. Dans tous ces processus, l'information des participants présentant des liens forts avec plus d'un ordre juridique sera indispensable. Et si une telle information n'est pas à elle seule de nature à résoudre

---

585 V. en ce sens D'ALTON-HARRISON Ruth, « Mater Semper Incertus [sic] Est: Who's Your Mummy? », *Medical Law Review* 2014, p. 357-383, spéc. p. 373 *et seq.* ; KOUMOUTZIS Nikos, The Establishment of Motherhood in Surrogacy Cases, in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe : Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 143-152, spéc. p. 145, 147, 150-152. M. KOUMOUTZIS justifie sa position sur la base des droits reproductifs des femmes participant dans un accord de gestation pour autrui. Il explique qu'une telle solution est conforme aussi bien à l'intention initiale de la mère d'intention de créer une famille qu'à celle de la gestatrice de ne pas créer une famille.

586 ROKAS A. Konstantinos, « National Regulation.. », *op.cit.*, p. 308.

587 Un problème peut découler dans des cas où le marché d'assurances d'un pays ne prévoit pas des contrats couvrant des dangers liés à une gestation pour autrui.

588 ROKAS A. Konstantinos, « National Regulation.. », *op.cit.*, p. 308.

toutes les difficultés pouvant survenir, elle rendra les personnes conscientes de l'éventualité qu'elles apparaissent. Une contribution à la résolution des problèmes ou à la prévention des problèmes liés à l'internationalité de la procréation médicalement assistée peut et doit également être cherchée au niveau international.

En définitive, les développements qui ont précédé révèlent que l'idée d'une règle de conflit idéale pour la détermination du droit applicable aux filiations issues d'une technique d'assistance à la procréation est peu réaliste. Il existe des propositions conduisant à des désignations satisfaisant plusieurs considérations propres au droit international privé. Cependant, la valeur ajoutée de règles de conflit n'est pas si évidente pour que l'adoption de ces règles de conflit s'impose. Les règles de conflit en vigueur peuvent grâce à leur plasticité et à l'intervention du juge conduire à des solutions qui satisfont aussi bien des considérations de proximité de base que les politiques de droit matériel de l'ordre juridique qui les a édictées. Toutefois, l'apparition des nouvelles techniques d'assistance médicale à la procréation et des nouvelles formes de filiation peut constituer une bonne opportunité pour un remaniement plus général des règles de conflit en matière de filiation qui amènerait à des règles plus équilibrées et adaptées à la réalité des filiations. Ce remaniement pourrait apporter plus de cohérence au système de solutions du droit applicable et permettre d'épurer le système des règles de conflit figées dans des conceptions des liens de filiation révolues. Malgré les mérites d'une règle de conflit choisissant comme élément de rattachement celui de la résidence habituelle de l'enfant ou des personnes ayant formulé le projet parental, la solution qui nous a paru concilier le mieux la pratique et l'ensemble des valeurs en droit international de la famille est celle qui désigne comme applicable la loi du for. L'adoption d'une telle règle ne serait toutefois pas acceptable sans une règle substantielle favorisant la reconnaissance des filiations établies dans un ordre juridique étranger au stade de leur circulation.

Si la pertinence d'une règle de conflit nationale n'est pas certaine, tel ne serait pas nécessairement le cas d'une règle adoptée à l'échelle régionale voire internationale. À ce même niveau il faudrait également s'intéresser à d'autres voies de réglementation des aspects internationaux de l'assistance médicale à la procréation.

SECTION 2

MOYENS DE COORDINATION SUR LE PLAN INTERNATIONAL

Une coordination des efforts dépassant le niveau étatique implique des difficultés. Pour autant, la dimension de problèmes et les enjeux liés à l'assistance médicale à la procréation font penser que l'efficacité de l'action isolée de chaque État seul reste réduite. Il faut donc réfléchir au niveau auquel il serait le plus opportun d'introduire des nouvelles règles de conflit et des règles matérielles et à la possibilité d'aboutir à un accord sur un sujet si complexe. En effet une synergie au niveau de l'Union européenne ou au niveau international pourrait conduire à des résultats plus satisfaisants sur le plan de la réglementation des aspects internationaux de l'assistance médicale à la procréation. Un des moyens pour lutter contre la création de rapports boiteux et plus généralement pour faire face aux conflits de lois serait d'uniformiser le droit. En faveur d'une démarche d'uniformisation plaide le fait que légiférer ne peut pas se faire dans des conditions d'isolement[589]. La législation des pays au cadre juridique permissif en matière d'assistance médicale à la procréation et dans d'autres matières influence de manière directe et indirecte les politiques des États restrictifs. La jurisprudence française en matière de gestation pour autrui témoigne des difficultés d'un ordre juridique à imposer son point de vue. Il est donc nécessaire d'examiner l'apport potentiel d'une démarche de réglementation sur un plan régional, voire international. Cette uniformisation peut concerner aussi bien les règles de conflit que les règles matérielles. En même temps, une unification peut couvrir des facettes différentes et revêtir plusieurs formes. Nous commencerons par examiner la possibilité d'adoption de règles de conflit communes relatives à la filiation au niveau de l'Union européenne et au niveau international (§ 1). Cependant, comme déjà suggéré la valeur ajoutée des règles de conflit dans ce domaine est réduite et les obstacles que peut rencontrer une telle démarche sont nombreux. En revanche une démarche, visant à l'unification de règles matérielles peut avoir une efficacité plus forte (§ 2). Les attentes toutefois d'un tel processus d'uniformisation de règles matérielles ne doivent pas être démesurées. Une uniformisation d'un minimum de règles et notamment de certaines règles techniques relatives à la mise en œuvre des règles techniques de l'assistance médicale à la procréation a plus de chances d'aboutir.

---

589 APPLETON Susan Frelich, « Surrogacy Arrangements and the Conflict of Laws », *Wisconsin Law Review* 1990, pp. 399-482, spéc. p. 481.

Beaucoup plus difficile serait par contre une tentative d'élaboration de règles relatives aux liens de filiation découlant d'une assistance à la procréation. Si toutefois l'harmonisation paraît peu probable, un rapprochement ne devrait pas être totalement exclu.

§ 1. L'uniformisation des règles des conflits de lois

L'instauration de l'Union européenne a eu un impact considérable dans tous les domaines de la vie des citoyens. L'adoption des règlements européens a tenté de faciliter la vie des citoyens européens lors de leur circulation au sein de l'Union européenne. Toutefois, la question de savoir ce que recouvre la notion de facilitation de la vie des citoyens européens lors de leur circulation dans l'Union européenne reçoit une réponse différente d'un État membre à l'autre. Les personnes qui vivent dans l'Union européenne vivent dans un espace uni dans lequel elles circulent, travaillent, nouent des rapports personnels et fondent des familles. L'Union européenne intervient donc pour régler les aspects transfrontaliers de la vie des particuliers. Des instruments ont été adoptés en droit de la famille : en matière de divorce[590], de responsabilité parentale[591], d'obligations alimentaires[592]. Certes, la question de la compétence de l'Union européenne en matière du droit international privé de la famille a suscitée de vives controverses[593]. Cependant, la réalité du droit international privé de l'Union européenne ne peut pas être méconnue.

Cela étant, l'utilité de l'examen de l'apport d'une règle de conflit européenne en matière de filiation s'explique aussi par le fait que la mise en œuvre de bon nombre d'instruments de droit international privé de l'Union européenne nécessite de répondre à des questions préalables relatives à l'existence d'un lien de la filiation. De plus, les dispositions comme celles relatives au statut des fonctionnaires de l'Union européenne nécessitent également l'appréciation de l'existence d'un lien de filiation. Toutefois, un reproche souvent entendu est qu'une démarche limitée au niveau régional compromettrait de manière inacceptable la solution de problèmes qui dépassent les

[590] Règlement (UE) No 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.
[591] Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) no 1347/2000.
[592] Règlement (CE) No 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.
[593] Pour une critique relative à la compétence de l'Union européenne en matière de droit international privé v. entre autres LEQUETTE Yves, « De Bruxelles à La Haye (Acte II) », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 503-544.

frontières de l'Union européenne. En outre, une des critiques souvent formulée contre les initiatives du législateur européen concerne la qualité des réglements européens en matière de droit international privé. C'est la raison pour laquelle il est opportun de ne pas cantonner cette étude à une unification à l'échelle régionale (A), mais de l'étendre à l'échelle internationale (B)

A. APPORT DE L'UNIFORMISATION SUR UN PLAN RÉGIONAL

Les règles de conflit uniformes de l'Union européenne constituent une réalité malgré les critiques relatives à leur légitimité. Avant toutefois de prendre parti sur l'opportunité d'étendre ces règles de conflit en matière de filiation, il convient d'examiner, d'une part l'intérêt d'édicter une telle règle de conflit sur le plan de l'Union européenne et, d'autre part la forme qu'une telle règle de conflit peut revêtir.

1. Apport d'une règle de conflit au sein de l'Union européenne.

La nécessité et l'apport des règles de conflit propres à l'Union européenne ne sont pas nécessairement identiques à celles des règles de conflit adoptées au niveau national. Indépendamment de la faisabilité de la création de règles de conflit uniformes, il faut noter que la méthode adoptée en droit positif en matière de filiation est la méthode conflictuelle. En outre, la nécessité d'interrogation sur le droit applicable en matière de filiation découle du fait qu'il n'existe qu'une minorité des États qui accepte la « *décision sous jacente d'un officier d'état civil compétent attestée par un acte de naissance étranger, tandis que la majorité d'entre eux n'accorde aux actes d'état civil étrangers qu'une force probante* »[594]. En parallèle il faut noter que la voie pour arriver à des règles de conflit uniformes au niveau de l'Union européenne est parsemée d'obstacles. Ainsi, dans les pays de *common law*, on applique systématiquement le droit du for aux questions relatives à la filiation[595]. Une autre difficulté dans la démarche d'unification des règles de conflit découle de la conception différente de chaque État quant au rôle et le contexte dans lequel la règle de conflit en matière de filiation est censée intervenir. Ainsi, il existe des États qui, au moment de la

[594] Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution*, doc. prél. No 3 B d'avril 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, p. 25, n° 54.
[595] *Ibid*, p. 26, n° 55.

déclaration d'une naissance, appliquent automatiquement le droit du for indépendamment de l'existence d'éléments d'extranéité et d'autres qui procèdent à l'application de leurs règles de conflit pour identifier le droit applicable à la filiation[596]. La divergence quant au rôle de la règle de conflit concerne également les conditions de transcription des actes de naissance établis à l'étranger. En Belgique, le contrôle du droit applicable selon la règle de conflit du pays est requis pour la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger[597]. Par contre, en Grèce et en France la transcription des actes de naissance établis à l'étranger ne nécessite pas le contrôle de la loi désignée applicable par la règle de conflit en matière de filiation. En dépit de ces divergences, la création de règles de conflit propres à l'Union européenne a des mérites.

L'existence de la Cour de justice garantirait l'interprétation uniforme de ces règles. Par ailleurs, l'unification des règles de conflit au sein de l'Union européenne serait à même de limiter les discontinuités dans le traitement de la filiation dans un espace au sein des pays membres. Un tel apport devrait toutefois être relativisé car, en ce qui concerne les filiations qui résultent d'une assistance médicale à la procréation et l'apparition des schémas de filiation inédits, la dysharmonie est plutôt le résultat de la confrontation des conceptions d'ordre public[598]. La cause de rapports boiteux réside plus dans l'intervention de l'ordre public que dans la diversité des règles de conflit.

Ensuite, parmi les mérites d'une règle de conflit uniforme il faudrait compter l'unité de traitement de la question de la filiation dans l'Union européenne. Plus encore, l'adoption des règles de conflit uniformes conduirait à une règle de conflit partagée par un grand nombre d'États, ce qui serait, en soi, un avantage considérable. Une telle règle de conflit pourrait justifier une réaction moins intense de l'ordre public du pays dans lequel la question du droit applicable se pose. En outre, l'unanimité dans l'acceptation de la règle de conflit pousserait à reconsidérer certaines positions du droit substantiel de

---

[596] Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, doc. prél. n° 3 C de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, pp. 40-41, n^{os} 74-75 : <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03c_fr.pdf> dernière visite le 12.10.2016.

[597] HENRICOT Caroline, « Belgique : La gestation pour autrui en droit international privé », in MONÉGER Françoise (sous la dir. de), *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, XVIIIe Congrès Washington, les 25-31 juillet 2011, Lex Multiplex Jus Unum, Société de Législation Comparée, Paris, 2011, pp. 49-84, spéc. pp. 54.

[598] SWENNEN Frederik, « Atypical families in EU (private international) family law », in Johan MEEUSEN, Marta PERTEGÁS, Gert STRAETMANS, Frederik SWENNEN (sous la dir. de), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 389-423, spéc. p. 391. L'auteur soutient que l'harmonisation du droit international privé de la famille ne suffit pas seule à faire face à la diversité des législations substantielles ; rappr. en ce sens BOURDELOIS Béatrice, « La famille du XXI^{e} siècle et problématiques de conflits de lois », in *Mélanges Pierre MAYER*, L.G.D.J./LEXTENSO Éditions, Paris, 2015, pp. 77-89, spéc. p. 89

l'autorité requise auxquelles une valeur absolue est actuellement accordée parce que le droit désigné par la règle de conflit bénéficierait d'une légitimité accrue.

En matière de filiation toutefois on risque de se confronter par le biais de l'exception d'ordre public. Cette constatation amène à penser que le jeu de la règle de conflit s'efface ou que son importance n'est pas aussi considérable que l'on aurait pu le penser. Cette observation incite en même temps à mieux réfléchir sur le rôle de la règle de conflit dans un tel contexte. Il n'est plus question d'identifier une règle de conflit idéale mais plutôt d'une meilleure prise en considération du point de vue des ordres juridiques qui présentent un lien avec les questions en cause. Dans cette démarche visant à mieux comprendre les différences des législations matérielles en matière de filiation, le droit comparé a un rôle à jouer.

Les juges dans les ordres juridiques de tradition romano-germanique ne disposent pas des mêmes moyens que dans les pays de *common law*, qui permettent dans ces derniers d'approfondir sur le fond des solutions d'un droit étranger et sur les particularités d'une pratique juridique développée au sein d'un autre ordre juridique. Cette distance et les difficultés de compréhension conduisent à un court-circuit à deux niveaux. À un premier niveau, la réaction déclenchée face à ce qui est considérée comme étranger tend à être radicale. Cette radicalité en droit international privé s'exprime dans la mise en œuvre de l'ordre public international. À un deuxième niveau, la connaissance partielle du droit étranger et de ses institutions laisse dans l'obscurité les liens que les rapports de droit entretiennent avec un ordre juridique étranger. Par conséquent, elle ne permet pas de s'interroger suffisamment sur la légitimité de l'intervention d'une législation étrangère sur les problèmes de droit amenés devant le for. Tenter de rapprocher des conceptions qui se trouvent aux antipodes n'est pas irréaliste mais nécessite un travail important. Pour cela il ne suffit pas de construire des règles de conflit inspirées d'une logique principalement localisatrice qui permet d'identifier le centre de gravité d'un rapport de droit. Il faut insister sur l'approche qu'un ordre juridique réserve à propos des institutions ou des droits qui lui sont étrangères. Ainsi, il faut faire en sorte que les conceptions de l'ordre public du juge requis n'empêchent pas d'examiner les positions des droits matériels étrangers diamétralement différentes. En revanche, il faudrait en cas de lien caractérisé avec un ordre juridique étranger que cette donnée soit prise en compte même si la prendre en compte signifierait qu'il faille prendre de distance par rapport à nos propres conceptions et idées. Une telle réflexion ne pourra en principe avoir lieu qu'au stade de la circulation du lien de filiation.

2. L'orientation des règles de conflit européennes en matière de filiation

La solution que nous avons suggérée dans le contexte national s'oriente vers l'application du droit du for. Si toutefois une proposition de règlement européen en matière de filiation devait aboutir un jour, il pourrait être opportun de permettre aux États de choisir parmi un éventail de règles de conflit celles qui leur apparaissent le plus appropriées. La loi du for pourrait être une des solutions proposées à condition qu'elle soit accompagnée d'un régime de reconnaissance libéral des filiations créées dans un autre État membre. D'ailleurs, nous l'avons déjà soutenu que la plupart de problèmes surgissent au moment de la circulation des liens de filiation en Europe et ne sont pas liés directement au fonctionnement de la règle de conflit en matière de filiation. C'est la raison pour laquelle l'intervention de l'Union européenne à ce niveau devrait nécessairement se pencher plus sur le problème de la reconnaissance en envisageant les différentes solutions possibles.

Il n'en reste moins que si un règlement de l'Union européenne prévoyant des règles de conflit en matière de filiation devait être adopté, il faudrait éviter des règles de conflit rigides conduisant à la désignation d'une législation donnée sans possibilité de dérogation. Parmi les nombreuses raisons qui plaident en faveur d'une telle orientation figure la constatation d'une divergence importante quant aux éléments de rattachement retenus par les différents États membres en matière de filiation. Pour ce qui concerne la nationalité comme élément de rattachement, on peut observer que les conditions d'attribution de la nationalité varient de manière considérable d'un État membre à l'autre. Soutenir donc qu'il faut choisir comme élément de rattachement de principe la nationalité signifierait que l'évaluation de l'internationalité d'une question de droit privé serait dépendante des conceptions de chaque État. Même si une telle option n'est pas inconcevable au moins en théorie, elle est antinomique avec la conception de la création de règles de conflit propres à la construction de l'Union européenne. En outre, la résidence habituelle a parfois une valeur localisatrice plus importante que celle de la nationalité. La nationalité traduit un lien d'allégeance dont l'importance localisatrice ou la pertinence plus généralement pour la désignation du droit applicable peut, selon les circonstances de vie d'une personne, être réduite. La résidence habituelle semble d'ailleurs plus à même de concilier les approches suivies par des États de tradition juridique différente.

La résidence habituelle ne pourrait d'ailleurs pas être exclue d'un tel instrument parce qu'elle est adoptée en tant qu'élément de rattachement dans bon nombre de textes

du droit international privé de l'Union européenne. Tel est le cas, dans le règlement Rome III, de l'article 5[599] dans lequel la loi de la résidence habituelle du couple figure comme première option parmi les choix de loi applicable possibles ainsi que dans l'article 8[600] qui prévoit la loi applicable à défaut de choix. D'ailleurs, cet instrument malgré son rejet par certains États-membres, démontre la place faite à l'autonomie de la volonté dans la résolution des conflits de lois.

L'autonomie de la volonté qui obtient une place de plus en plus importante dans la réglementation du droit international privé de l'Union européenne[601] est aussi un élément démontrant qu'une règle de conflit en matière de filiation ne devrait pas être conçue en des termes absolus. L'expansion du domaine de l'autonomie de la volonté n'est pas seulement le résultat d'une consécration explicite mais aussi la conséquence de la création d'un espace de libre circulation et de l'influence accrue des droits de l'Homme. Certes, la liberté reconnue aux particuliers dans le règlement Rome III n'est pas absolue. Mais elle peut être exercée, soit en faveur de la loi de la résidence habituelle, soit en faveur de la loi nationale. On a pu donc proposer une règle de conflit, selon laquelle le droit de la résidence habituelle serait applicable pour toutes les questions du droit de la famille en réservant la possibilité de choisir la loi nationale au moment de la création du rapport[602]. À l'appui d'une telle règle, on avançait l'avantage du rapprochement entre les traditions des pays de *common law* et des ordres juridiques continentaux, et le fait qu'elle apporterait une flexibilité qui peut s'avérer souhaitable[603]. Nous pensons que l'autonomie de la volonté ne pourrait cependant pas constituer la meilleure solution pour la désignation de la loi applicable en matière de filiation en raison de l'importance des considérations d'ordre public dans ce domaine.

---

[599] Article 5 : « *Choix de la loi applicable par les parties*
1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes :
a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou
b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou
c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou
d) la loi du for. »

[600] Article 8 : « *Loi applicable à défaut de choix par les parties*
À défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État :
a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
d) dont la juridiction est saisie ».

[601] CARLIER Jean-Yves, SAROLÉA Sylvie, « Migrations and Family Law », in Johan MEEUSEN, Marta PERTEGÁS, Gert STRAETMANS, Frederik SWENNEN (sous la dir. de), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 439-461, spéc. p. 459.

[602] CARLIER Jean-Yves, SAROLÉA Sylvie, « Migrations and Family Law », *op.cit.*, p. 459.

[603] *Ibid.*

En définitive, un instrument européen de droit international privé devrait, soit désigner la loi du for comme applicable en matière de filiation tout en prévoyant un régime de reconnaissance libéral des liens de filiation constatés dans un pays membre, soit laisser la liberté aux États membres de choisir les règles de conflit qui leur paraissent plus adaptées. Il ne saurait en revanche consister en un mécanisme de désignation sans possibilité de dérogation comme une règle de conflit à rattachement unique. Autrement, parmi l'éventail des normes proposées, une règle de conflit de principe pourrait reposer sur la résidence habituelle de l'enfant comme élément de rattachement, tout en étant accompagné d'une clause d'exception.

Examinons maintenant l'apport d'une uniformisation de règles de conflit sur le plan international.

B. APPORT DE L'UNIFORMISATION SUR UN PLAN INTERNATIONAL

La réflexion sur le traitement des conflits de lois mène aussi logiquement à la sphère internationale. Le régional n'est pas à même d'épuiser la problématique du droit international privé comme démontre d'ailleurs le fait que l'Union européenne participe comme membre à la Conférence de la Haye. En outre, pour certains problèmes découlant de l'assistance médicale à la procréation l'approche internationale semble plus appropriée que l'approche régionale. Ceci est évident au moins en ce qui concerne la gestation pour autrui, étant donné que la majorité des déplacements des couples dans le but d'avoir accès à ce procédé se dirige vers des pays en dehors de l'Union européenne. Une uniformisation limitée à l'Union européenne risquerait donc d'être dénuée d'intérêt pratique dans la mesure où elle ne pourrait pas exercer une influence importante sur les rapports de droits constitués dans des pays comme les États-Unis, l'Ukraine, la Géorgie. La faisabilité toutefois d'une uniformisation des règles de conflit au niveau international paraît douteuse.

Des démarches pour l'unification ou l'harmonisation des règles de conflit à l'échelle internationale ont déjà eu lieu au sein des organisations comme la Conférence de la Haye de droit international privé ou la Commission internationale de l'état civil.

En l'état actuel du droit, la preuve de la filiation dans un contexte contentieux dépend davantage de la preuve d'existence d'un lien génétique grâce aux moyens disponibles qu'aux fictions juridiques telle la présomption légale de paternité. La

découverte des tests ADN a changé la nature du contentieux portant sur l'établissement ou la contestation de la filiation. Cette évolution est indicative d'une uniformisation informelle du droit de la famille. La situation change au contraire en ce qui concerne les liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation assistée. Dans ce domaine, des conceptions d'ordre public se confrontent, ce qui peut être un des problèmes dans une démarche visant à l'adoption d'une règle de conflit servant de base à la désignation du droit applicable.

Cependant, le moment pourrait être considéré propice pour l'adoption de règles de conflits de lois uniformes, car dans un grand nombre d'États, les règles de conflit en matière de filiation n'ont pas été reconsidérées face à l'avènement des nouvelles technologies d'assistance à la procréation. Le vaste chantier qui s'ouvre laisse donc une marge importante à la négociation et à la conclusion d'un texte commun.

L'orientation d'une telle règle de conflit ne devrait pas être différente de celle préconisée pour un instrument au niveau de l'Union européenne. Il faudrait donc laisser une marge importante aux États, soit en leur permettant de désigner la loi du for, soit en choisissant une règle de conflit désignant comme applicable le droit de la résidence habituelle de l'enfant combinée avec une clause d'exception. Le problème serait qu'à l'échelle internationale la vie familiale ne jouit pas de la même protection juridique que celle assurée par la Convention européenne des droits de l'Homme. Partant, il n'existe pas le fondement de l'article 8 de la Convention européenne que nous pouvons considérer comme fondement d'une solution favorisant la reconnaissance des liens constatés dans un pays étranger[604]. Cela étant, la désignation du droit du for pourrait se révéler extrêmement stricte comme option. Toutefois, même le choix d'autres éléments de rattachement et l'accord sur une règle de conflit en matière de filiation ne peut pas être considérée comme une tâche facile.

En effet, la recherche menée au sein de la Conférence de La Haye révèle que les règles de droit international privé relatives à l'établissement et la contestation des liens de filiation varient de manière considérable entre les différents pays[605]. Les travaux menés au sein de la Conférence de La Haye révèlent que ce n'était qu'un petit nombre d'États qui s'est exprimé en faveur d'une unification des règles de droit international privé sans faire

[604] V. chapitre 6, section 2, § 1, p. 460.
[605] Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution*, doc. prél. n° 3 B d'avril 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, p. 18, n° 33.

la distinction entre règles de conflit et règles de fond en matière de filiation[606]. Ainsi, à l'exception du Canada, tous les autres États s'étant prononcés en faveur d'une telle unification étaient des États membres de l'Union européenne. De plus, le nombre d'États participant activement aux travaux récents portant sur les questions de droit applicable à la filiation juridique et en particulier à ceux qui concernent la gestation pour autrui ne permet pas de parler d'instrument mondial[607]. Enfin, on observait dans la conclusion provisoire de la Conférence de La Haye qu' « *au vu de la nature de la filiation juridique et les nombreuses façons dont elle peut être établie en vertu du droit interne de la plupart des États, si ce n'est de tous …, il semble improbable qu'un futur instrument exhaustif concernant les aspects de droit international privé de l'établissement et de la contestation de la filiation juridique puisse, suivant les débats récemment intervenus dans le domaine du droit international privé, voir se réaliser l'unification des règles de droit applicable et l'établissement d'une procédure de reconnaissance des décisions et situations résultant de la loi* »[608]. C'est peut-être la raison pour laquelle une partie de la doctrine s'est dirigée vers une autre direction que celle de l'adoption des règles de conflit uniformes, à savoir celle de l'adoption des règles matérielles internationales et à la création des mécanismes de coopération.

§ 2. L'uniformisation des règles matérielles et la création des mécanismes de coopération

L'uniformisation du droit substantiel peut avoir une place importante dans la résolution de problèmes soulevés par l'assistance médicale à la procréation. Des propositions en ce sens ont déjà été émises[609]. Une recherche sur les possibilités de réglementation internationale a déjà été menée par l'Université d'Aberdeen en coopération avec la Conférence de la Haye[610]. M. BEAUMONT et Mme TRIMMINGS ont créé un groupe de recherche sur la réglementation des aspects internationaux de la gestation pour autrui. La nécessité de ces initiatives avait été constatée par la Commission spéciale de la

606 Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, *ibid*, p. 22, n° 44, note 107.
607 *Ibid*, p. 23, n° 49.
608 Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, *ibid*, p. 25, n° 53.
609 TRIMMINGS Katarina, BEAUMONT Paul, « International Surrogacy Arrangements : An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level », *Journal of Priv. Int'l L* 2011, pp. 629-647, spéc. p. 633.
610 *Ibid.* p. 634. V. aussi le communiqué de presse portant sur « Les difficultés liées à la maternité de substitution à caractère international au programme de travail de la Conférence de La Haye » consulté dans :
<http://www.hcch.net/index_fr.php?act=events.details&year=2011&varevent=216&zoek=maternit%E9%20de%20substitution> dernière visite le 12/10/2016.

conférence de la Haye sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale qui, dans ses conclusions et recommandations, a souligné le besoin d'intensifier le travail portant sur les questions d'établissement et de contestation de liens de parenté qui résultent d'un recours à une gestation pour autrui[611]. La proposition avancée est que la meilleure voie pour procéder au niveau international est celle d'une approche flexible mettant en jeu un mécanisme de coopération entre les États qui participeraient à la Convention et ceci en raison de la diversité considérable des points de vue sur les maternités de substitution (A)[612]. Toutefois, l'uniformisation d'un minimum de règles matérielles dont le respect sera garanti par une autorité centrale éventuellement au niveau européen peut se révéler une voie plus efficace (B).

A. LA COOPÉRATION DES AUTORITÉS

La coopération des autorités a depuis longtemps été utilisée au plan international pour faire face à des difficultés que les règles de conflit de lois et des conflits de juridictions ne peuvent pas traiter seuls. En matière d'assistance médicale à la procréation le procédé ayant posé le plus de problèmes est la gestation pour autrui. Son acceptation par un certain nombre de pays et son interdiction par d'autres a conduit à un phénomène de tourisme procréatif générant des problèmes sérieux. Malgré cela, on observe des couples originaires de pays interdisant la gestation pour autrui ont recours à celle-ci à l'étranger. La constitution d'une situation acquise à l'étranger rend son traitement difficile une fois le couple rentré dans son pays d'origine. Et malgré les difficultés de reconnaissance de la filiation de la mère d'intention, il n'en reste pas moins que des couples, en France comme dans d'autres pays où le procédé est strictement interdit, réussissent dans la grande majorité des cas à rentrer chez eux avec l'enfant. En conséquence, la situation est hors de contrôle. Cela ne signifie pas pour autant que le seul moyen pour la gérer réside dans la règle de conflit ou au rejet de toute reconnaissance. Une convention mettant en œuvre un mécanisme de coopération entre autorités a été envisagée comme remède alternatif

[611] V. Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international* », mars 2011, p. 25, n° 54 consultable sur :
http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf dernière visite le 12.10.2016.

[612] TRIMMINGS Katarina, BEAUMONT Paul, « International Surrogacy Arrangements : An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level », *Journal of Priv. Int'l L*, Vol. 7 No. 3, décembre 2011, pp.629-647, spéc. p. 635.

aux problèmes créés. Un tel mécanisme serait de nature à réduire le degré de commercialisation et notamment d'exploitation des femmes qui se trouvent dans une situation financière difficile. Dans ce sens, il serait envisageable –sans nécessairement permettre cette technique– de faciliter la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui mais dans un contexte qui assure la protection des droits de la mère porteuse. Ainsi, un tel cadre doit exiger que la mère porteuse, par exemple Ukrainienne, soit informée de tous ses droits, des possibilités de se faire indemniser et des risques inhérents à toute procédure de gestation pour le compte d'autrui. Cette procédure d'information peut éventuellement avoir lieu aux consulats des pays qui y participent. En outre, un tel système peut mettre en place les mécanismes garantissant la juste indemnisation de la mère porteuse en cas d'imprévus liés au procédé. La transgression des droits de la gestatrice devrait amener à une indemnisation supplémentaire en faveur de la gestatrice et de l'enfant né. Une partie de la somme peut être versée à la femme et une autre peut être mise à la disposition de l'enfant à sa majorité.

L'adoption d'un tel système aurait le mérite de diminuer les cas où un procédé conduit à la transgression des droits de la mère porteuse et il pourrait inciter les centres fournissant ce genre de services à s'adapter aux bonnes pratiques suivies dans certains pays. Les conditions à respecter résulteront d'un travail de comparaison des meilleures pratiques dans le monde.

Nous avons évoqué les travaux menées au plan international. Il incombe maintenant d'examiner la proposition formulée sur la base de la coopération des autorités pour en apprécier son potentiel dans la démarche de traitement des problèmes découlant des affaires internationales de gestation pour autrui. Nous allons d'abord examiner le système proposé par le groupe de recherches de l'Université d'Aberdeen (1) pour tenter par la suite de mettre en avant les inconvénients et l'efficacité incertaine d'un tel instrument (2).

1. L'exposé du système

Le groupe de recherche de l'Université d'Aberdeen est arrivé à formuler la proposition la plus poussée concernant la réglementation des procédés de gestation pour autrui à

caractère international[613]. Il s'agit d'un modèle qui repose sur la coopération entre autorités aspirant notamment à lutter, d'une part contre les rapports boiteux qui résultent du refus de reconnaissance de la filiation et, d'autre part contre la traite des êtres humains, la commercialisation et l'exploitation de la femme et de l'enfant[614]. La constatation de l'inefficacité des interdictions absolues de cette pratique qui se répand rapidement est une des raisons justifiant cette voie de compromis. La logique de celle-ci consiste à créer un mécanisme de coopération entre les autorités étatiques qui assurera qu'une série de conditions minimales sont réunies chaque fois qu'un arrangement de gestation pour autrui international est mis en place. Ces autorités étatiques seront coordonnées et vont échanger des informations et des documents entre elles pour s'assurer de la supervision de l'activité et du respect des standards minimum, c'est-à-dire des garanties substantielles et judiciaires[615]. La Convention de la Haye de 1993 sur l'adoption internationale a servi de matrice pour la création de ce mécanisme de coopération. La logique de l'instrument consiste à mettre en place une série de dispositions promouvant les bonnes pratiques dans le domaine de la gestation pour autrui, ce qui est considéré comme une incitation pour les différents acteurs – intermédiaires, centres d'assistance médicale à la procréation– à s'adapter à la pratique optimale. L'objectif est donc que les pratiques illicites perdent en partie leur intérêt et soient limitées. Pour que ce résultat soit atteint, il faut que les pays qui sont les destinations principales y participent. Pour atteindre la participation nécessaire au succès d'une telle convention, il faut que les pays impliqués se mettent d'accord sur les principes qui régiront ce texte.

L'intérêt supérieur de l'enfant et la nécessité du lien biologique, dans le sens qu'un lien génétique sera requis pour toute gestation pour autrui, doivent selon les rédacteurs de cette proposition constituer les principes directeurs dans la mise en œuvre d'une pratique[616]. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant se matérialisera en appréciant au préalable que des parents d'intention sont appropriés pour devenir parents et en préservant, dans la mesure du possible, des informations sur les donneurs impliqués au processus. Ce système de garanties et de dispositions de la Convention sera applicable chaque fois que les parents d'intention et la mère porteuse auront leur résidence

[613] TRIMMINGS Katarina, BEAUMONT Paul, « International Surrogacy Arrangements : An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level », *Journal of Priv. Int'l L*, Vol. 7 No. 3, décembre 2011, pp. 629-647
[614] *Ibid.*, p. 635.
[615] *Ibid.* p. 635-636.
[616] *Ibid.* p. 640.

habituelle dans des États différents qui adhèrent à la Convention. Étant donné la divergence des interprétations de la résidence habituelle[617], il a été préconisé de la faire dépendre d'une donnée temporelle, à savoir une durée d'une ou à deux ans par exemple, chaque fois que la personne impliquée n'aura pas la nationalité du pays où la procédure est mise en œuvre[618].

À supposer qu'un procédé de gestation pour autrui entre dans le champ d'application de la convention il incombera aux autorités centrales des pays des parents d'intention et de la mère porteuse respectivement de s'assurer que le procédé se déroule sans problème. Ainsi, l'autorité du pays d'origine de la mère porteuse vérifiera, d'un côté que toutes les conditions concernant la personne de la mère porteuse soient réunies (âge, état marital, avoir déjà donné naissance à un enfant), que celle-ci a reçu préalablement à la procédure toutes les informations nécessaires relatives aux conséquences juridiques, qu'un remboursement juste et équitable a été effectué, que l'autorisation nécessaire au départ de l'enfant a bien été accordée à la suite du prononcé d'une adoption ou d'un autre ordre judiciaire.

D'un autre côté, les autorités du pays de réception doivent vérifier que les parents d'intention remplissent les conditions respectives requises (âge, statut marital etc.), qu'ils soient proprement informés des aspects juridiques de l'opération, qu'un dossier incluant l'historique des candidats (identité, historique médical, motifs de ce recours à la gestation pour autrui) existe. En même temps, les autorités du pays de réception devront s'assurer de l'entrée de l'enfant dans le pays, superviser et protéger l'enfant et, si nécessaire, effectuer toutes les démarches pour que la responsabilité parentale soit attribuée aux parents d'intention.

Pour que le fonctionnement du système soit garanti, il faut que les autorités des pays impliqués coopèrent de manière efficace et que les agences qui sont impliquées dans sa mise en œuvre, soient munies d'un agrément par l'État de réception et par l'État d'origine.

Enfin, une série de questions importantes doivent être résolues pour garantir l'effet utile de la convention. Il s'agit tout d'abord de l'indemnisation de la gestatrice qui doit être raisonnable mais qui, en même temps, ne doit pas être excessive. Le montant excédant les dépenses raisonnables pourra être conservé comme indemnisation des

[617] V. en ce sens MC ELEAVY Peter, « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de *common law* », *Trav. Com. fr. dip*, années 2008-2010, Éditions Pedone, Paris, 2011, pp. 127-146 et les débats pp. 147-155.
[618] TRIMMINGS, BEAUMONT, « International Surrogacy Arrangements...», *op.cit.*, p. 640.

souffrances et des douleurs subies lors du processus. Selon cette ligne de pensée, si les montants dépassent la mesure d'indemnisation acceptable, le processus pourrait être qualifié de trafic illicite d'enfant[619]. Cependant, la question de l'argent ne concerne pas seulement les personnes impliquées directement mais aussi les intermédiaires comme les agences et les avocats. Il faut que des seuils soient fixés pour s'assurer d'une répartition juste et équitable de l'argent requis pour procéder à la gestation pour autrui afin que la mère porteuse ne soit pas victime de démarches purement lucratives visant à exploiter ses capacités procréatives. Pour tout ce qui concerne le contrat relatif à la maternité de substitution et son exécution, il est envisagé de renvoyer à l'État d'origine de la gestatrice.

Le résultat recherché par la convention serait celui de la reconnaissance automatique des effets de l'arrangement accompagnant la gestation pour autrui éventuellement par le biais d'un certificat de conformité aux différentes conditions requises. Un tel certificat dispensera de toute procédure de reconnaissance ultérieure ce qui sera pour les personnes intéressées par la gestation pour autrui un motif significatif pour choisir un pays participant au mécanisme de la Convention plutôt qu'un autre pays. D'ailleurs, il sera aussi important de procéder à une évaluation des différents intérêts des participants pour que l'accès de l'enfant à ses origines ou aux conditions de sa conception soit satisfait dans une certaine mesure. Ce droit pourra éventuellement être satisfait par l'accès à des informations permettant d'identifier la mère porteuse une fois que l'enfant sera majeur.

Il est estimé que la constitution d'un tel système qui reposera sur un minimum des conditions de respect de l'intégrité, de l'autonomie et de la santé de la mère porteuse et qui s'assurera que toutes les parties ont consenti après avoir reçu les informations requises pourrait avoir un impact positif. Un tel système qui évaluerait aussi la capacité des intéressés de devenir parents, peut réduire de manière indirecte l'exploitation des femmes pauvres, dissuader les gens qui veulent profiter notamment de celles-ci, et protéger les parents d'intention[620]. Nous pensons qu'un tel mécanisme reposant sur l'échange d'informations et sur l'étude du processus de la gestation pour autrui peut mieux lutter contre les pratiques qui ne respectent pas les droits des personnes impliquées.

Enfin un autre problème qu'un mécanisme de coopération internationale devrait traiter est celui des particuliers, qui commencent le processus mais abandonnent l'enfant

[619] TRIMMINGS, BEAUMONT, « International Surrogacy Arrangements...», *op.cit.*, p. 644.
[620] TRIMMINGS, BEAUMONT, « International Surrogacy Arrangements...», *op.cit.*, p. 647.

une fois que celui-ci est né, soit parce qu'il est né avec une malformation, soit parce qu'au cours de la procédure ils divorcent ou se séparent. Une solution à ce type de problèmes serait d'imposer des sanctions dont l'effectivité sera garantie par le mécanisme de coopération. Une telle sanction pourrait être la prise en charge financière de l'enfant qui pourrait être placé en vue d'une adoption.

Il n'en reste pas moins que des doutes subsistent quant à l'opportunité de travailler dans une telle direction. Avant donc de se prononcer en faveur d'un tel système, il convient de procéder à une appréciation du système proposé.

2. Appréciation critique du système.

À ce jour, aucune voie de coordination n'apparaît à l'horizon entre les pays adoptant des points de vue opposés. C'est la raison pour laquelle le déplacement du curseur vers la sphère internationale pourrait au final avoir un impact positif. D'un côté, l'interférence des autorités dans la mise en œuvre du processus de gestation pour autrui peut conduire à l'adoption d'une série des garanties substantielles supplémentaires. D'un autre côté, un tel système peut inciter les pays qui gardent une attitude négative envers la reconnaissance des filiations issues d'une gestation pour autrui à se libérer des contraintes du droit interne et à modifier leur législation. Actuellement, de tels pays sont dans une impasse en ce qu'ils ne peuvent pas empêcher que l'enfant né reste avec la famille des parents d'intention mais, parallèlement ils refusent de reconnaître la filiation de la mère d'intention avec celui-ci. Ce résultat traduit en partie la confrontation de positions politiques différentes dans le même ordre juridique dont l'intensité aboutit à s'enfermer dans des points de vue absolus. L'adoption d'un texte international et la mise en œuvre d'une coopération entre les pays ayant des positions différentes peut constituer un argument en faveur de l'abandon des positions préconisant le refus absolu de la reconnaissance du lien de filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui et de parents d'intention. Un tel système pourrait diminuer les risques d'exploitation et les dangers inhérents à toute gestation pour autrui expliquant l'attitude réservée de certains pays. De la sorte, un argument supplémentaire jouerait en faveur de ceux qui revendiquent la reconnaissance du lien de filiation de la mère d'intention. À cette réserve près, la Convention a des mérites en termes de droit international privé.

Il convient tout d'abord de noter que le projet de Convention codifie en quelque sorte des bonnes pratiques suivies dans certains pays. Ensuite, il permet dans une

certaine mesure de régulariser le statut des enfants nés par gestation pour autrui. Les pays ayant adopté une position absolue en matière de gestation pour autrui ont découragé mais n'ont pas pu fermer la voie aux couples souhaitant y recourir et rentrer dans le pays d'origine avec l'enfant, qui reste au sein de la famille ayant eu l'initiative de sa conception. En conséquence, des filiations boiteuses subsistent. La Convention permettrait de réduire, au moins en partie, l'apparition des situations de ce type.

En outre, l'application à la mère porteuse des conditions prévues par la loi de sa résidence habituelle constitue une solution qui, en termes de localisation du rapport, est en partie satisfaisante. La loi du lieu de résidence habituelle de la mère porteuse coïncidera le plus souvent avec celle où se trouve le centre d'assistance médicale à la procréation, traduisant, ainsi, un regroupement de points de contact qui a une importance considérable pour le déroulement du processus et qui est de nature à fonder les atteintes légitimes des parties. En même temps, le choix de la résidence habituelle de la mère porteuse empêchera le déplacement des mères porteuses vers des pays au cadre juridique très laxiste puisque la reconnaissance du lien de filiation nécessitera la vérification que les conditions prévues par la loi de la résidence habituelle de la mère porteuses soient remplies[621]. Si ces conditions ne sont pas réunies, le statut de l'enfant ne jouira pas de la reconnaissance facilitée prévue par le système institué. Par ailleurs, la loi applicable concernant les parents d'intention permet la réintégration des considérations propres au pays de réception du statut familial créé. Par conséquent, cette solution de compromis privilégie l'application des lois de deux pays ayant un lien très étroit avec le rapport en cause tout en apportant une série de garanties substantielles pouvant diminuer les dangers d'exploitation des personnes impliquées.

Malgré les mérites d'une telle solution, des doutes peuvent être exprimés sur la valeur persuasive d'un tel instrument. Il importe, tout d'abord, de noter la réticence exprimée par le Canada dans le cadre des travaux de la Conférence de La Haye sur l'aptitude de la Convention de La Haye du 1993 à régir les problèmes découlant d'une gestation pour autrui transfrontalière sans avoir apporté au préalable les modifications nécessaires de cette convention.[622] Ensuite, il faut noter que les pays permettant ouvertement la gestation pour autrui n'ont pas eu à ce jour de difficulté à attirer des particuliers. Au contraire, il semble qu'il s'agisse d'une activité très lucrative qui se

[621] TRIMMINGS, BEAUMONT, « International Surrogacy Arrangements...», *op.cit.*, p. 639.
[622] Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution*, doc. prél. No 3 B d'avril 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, p. 22, nº 45.

répand. Il n'existe pas donc d'intérêt significatif qui pourrait les inciter à y participer. Il ne suffit pas d'affirmer que toute gestation pour autrui menée en dehors du cadre devrait être strictement interdite, encore faut-il préciser quelle pourrait être la sanction à l'encontre d'un couple ayant recouru au processus en dehors du contexte de la Convention.[623] Nous avons constaté d'ailleurs, à partir de la jurisprudence française et de la jurisprudence d'autres pays[624], que les États qui interdisent le procédé n'ont plus finalement qu'à reconnaître, au moins indirectement la création du lien familial ou la subsistance de la situation familiale. Par conséquent, la Convention pourra atteindre ses objectifs uniquement si elle réussit à faire participer plusieurs pays.

Nous pensons qu'il est impossible d'exclure complètement la création d'un quiconque lien de la filiation avec les parents d'intention dans le cas de figure où le processus se déroule en dehors du cadre décrit. Dans la grande majorité de ces cas, les enfants nés seront dans une position similaire à celle des enfants nés dans le contexte de la Convention. Il sera donc difficile de leur refuser toute reconnaissance. Si cela se vérifie, les pays profitant au niveau financier du processus n'auront pas beaucoup de raisons de participer à la convention. Pour qu'on puisse faire avancer la logique de cette convention et faire participer les pays de destination comme l'Ukraine, certains états des États-Unis, il faudra, entre autres choses, exercer une pression diplomatique. Cependant, il n'est pas certain que puisse se constituer un bloc d'États partageant les mêmes intérêts et les mêmes convictions qui, soit reçoivent, soit accueillent des parents d'intention qui s'inscrive dans l'orientation exprimée dans ce projet de convention, en vue d'exercer une telle pression. Puis un nombre des pays européens interdisant la gestation pour autrui n'envisagent pas au moins explicitement un mécanisme officiel de simplification de la reconnaissance des liens de filiation créés. D'un autre côté, les ordres juridiques autorisant le procédé ne s'en sont pas préoccupés ou n'ont pas exprimé l'intention de conclure une convention dans ce domaine. Par ailleurs, en plus de la critique formulée ci-dessus, certaines objections spécifiques peuvent aussi être exprimées à l'égard de ce projet.

Ainsi, on serait réticents à admettre une évaluation des parents sur la base des critères relatifs à l'adoption. Un tel traitement peut être considéré comme discriminatoire car on ferait intervenir une évaluation qui n'existe pas pour les autres personnes voulant procréer. Le fait que l'État s'investisse dans le déroulement du processus qui pourrait être invoqué à l'appui d'un tel contrôle ne constitue pas une raison suffisante pour justifier

[623] TRIMMINGS, BEAUMONT, « International Surrogacy Arrangements...», *op.cit.*, p. 643.
[624] V. note 1015, p. 435.

cette appréciation. Si cet argument devait être admis, il faudrait l'étendre aussi à tous les cas d'assistance médicale à la procréation. Les risques inhérents à la gestation pour autrui n'expliquent pas un tel contrôle. Ce qui serait, au contraire, raisonnable et acceptable serait d'apprécier si ces gens sont en mesure de mener à bien le processus sans abuser de leur position. Un tel contrôle doit normalement concerner aussi la mère porteuse et son mari ou son compagnon. Ceci étant, on observe qu'il y aura des écueils dans toute démarche visant à faire adopter une telle convention mais que, même si celle-ci n'est pas adoptée, des résultats positifs peuvent en résulter.

En effet, même si la convention n'aboutit pas, les démarches pour arriver à une convention peuvent conduire à des résultats moins ambitieux, à savoir un texte codifiant les bonnes pratiques en matière de gestation pour autrui. Les personnes intéressées, les agences et les centres d'assistance médicale à la procréation impliqués auraient intérêt à suivre un tel code non obligatoire dans la mesure où celui-ci pourrait assurer le bon déroulement d'un processus.

B. L'UNIFORMISATION DES RÈGLES MATÉRIELLES

L'uniformisation des règles matérielles peut concerner aussi bien des dispositions propres au droit de la famille (1) que des dispositions à caractère technique relatives au déroulement d'une assistance médicale à la procréation (2).

1. Uniformisation des règles matérielles du droit de la famille

Un moyen pour lutter contre les conflits de lois et faire face aux discontinuités résultant de la diversité de la législation en matière de droit de la filiation et de règles sur l'assistance médicale à la procréation serait de tenter d'uniformiser les règles du droit de la famille. La question a déjà été posée mais il s'agit d'un domaine où les différences culturelles sont trop importantes pour pouvoir avancer. Or il convient de poser la question de savoir s'il existe un minimum de règles qui peuvent être harmonisées. On songe notamment aux dispositions prévoyant les délais de former une action en établissement ou en contestation d'une filiation ainsi qu'aux dispositions concernant la preuve du lien biologique.

Une telle initiative pourrait avoir lieu plus facilement au sein de l'Union européenne. La première difficulté dans ce cas réside dans la question de la compétence du droit de l'Union européenne. Par ailleurs, une tentative d'unifier les règles du droit de la famille nécessiterait des efforts considérables. De plus, toute démarche d'unification des règles matérielles risque de figer l'état du droit et par conséquent de rendre difficile face aux réalités futures. À cela s'ajoute le caractère sensible du droit de la famille qui dépend des mœurs et de la culture de chaque société. Le droit de la famille évolue au rythme imposé par les besoins de la société à laquelle il s'adresse. Il en résulte que le corps du droit de la famille ne peut pas être le produit d'une procédure menée exclusivement dans une enceinte purement académique.

Aux critiques formulées ci-dessus, on peut opposer une unification ou une harmonisation d'un minimum de règles. L'inconvénient de la proposition réside dans le fait que le droit de la famille constitue un ensemble qui n'acquiert sa signification que dans le système de droit dans lequel il s'insère. Ces dispositions pourraient s'avérer une coquille vide en l'absence de système de référence, de principes et de jurisprudence cohérente. Il y aurait toutefois un domaine où cette unification peut être plus opportune.

2. Uniformisation des règles techniques de l'assistance médicale à la procréation

Il existe des raisons qui plaident en faveur d'une intervention du droit de l'Union européenne sur le plan de l'assistance médicale à la procréation[625]. Des fondements juridiques différents peuvent servir de base pour une telle intervention[626]. L'intervention de l'Union européenne en matière des santé publique fait selon l'article 4(2)(k) TFUE partie des compétences partagées[627]. Ensuite selon l'article 6 (a) TFUE, l'Union européenne dispose d'une compétence d'appui, de coordination et de complément dans le domaine de la protection et l'amélioration de la santé humaine[628]. Plus précisément, la compétence peut reposer sur l'article 168 (1) TFUE prévoyant qu'« *un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union* »[629]. Ensuite, l'article 168 (4) (a) TFUE dispose que le Parlement européen et le Conseil peuvent prendre « a) *des mesures fixant des normes élevées de qualité et de*

[625] VIDALIS Takis, « Regulating Assisted Reproduction in the EU: Time for a new Directive? », *JIBL*, Vol 04, 2007, pp. 12-15 et spéc. p. 13.
[626] Sur la question de la compétence v. DIMOPOULOS Nikos, « Towards a European Legal Framework on Medically Assisted Reproduction », in *Medically Assisted Reproduction : Towards a Common European Legislation ?*, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 357-372, spéc. pp. 358-364.
[627] DIMOPOULOS Nikos, *ibid*, spéc. p. 358.
[628] *Ibid.*
[629] *Ibid.*

sécurité des organes et substances d'origine humaine, … ces mesures ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes ».[630] En outre, l'article 168 (2) TFUE prévoit que l'Union encourage la coopération entre les États membres dans les domaines d'action inclus dans cet article tandis que la Commission peut avoir l'initiative d'établir des orientations et d'organiser l'échange des informations sur les meilleurs pratiques[631]. Enfin, ces dispositions sont complétées par l'article 168 (5) TFUE prévoyant que « *des mesures d'encouragement visant à protéger et à améliorer la santé humaine, et notamment à lutter contre les grands fléaux transfrontières, des mesures concernant la surveillance des menaces transfrontières graves sur la santé* » peuvent être prises excluant toutefois l'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres[632]. Il ressort de ces dispositions que l'Union européenne ne peut adopter de mesures visant à l'harmonisation que par le biais de directives[633]. Ainsi les initiatives prises ayant comme objectif la convergence nécessitent l'intervention du législateur étatique[634]. L'Union européenne peut, donc, adopter des guides de bonnes pratiques et des recommandations. L'intervention de l'Union européenne dans ce contexte peut également prendre la forme de *soft law* à l'instar du travail effectué par la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws* aux États-Unis. Cette association non-gouvernementale a comme objectif de travailler sur des domaines du droit dans lesquels une uniformisation du droit pourrait être bénéfique. Dans le contexte de son travail cette association a adopté le *Uniform Parentage Act*. Ce texte, qui n'a pas de force obligatoire pour les États, donne un modèle de réglementation des liens de filiation aux législateurs nationaux, qui ont la compétence exclusive en matière de filiation[635]. La question qui se pose dans le contexte de l'Union européenne concerne le champ d'uniformisation possible des législations.

M. KERAMEUS, dans un autre contexte, donne des indices quant au champ possible d'unification dans le droit de l'Union européenne. Selon lui : « *Ce qui reste donc, en tant que champ raisonnable d'une harmonisation procédurale, après l'élimination des contraintes organisationnelles et l'antagonisme des principes, c'est la masse, souvent hétéroclite, des questions qui sont dépourvues, à la fois, de contenu organisationnel et de fardeau idéologique, donc des questions purement et simplement techniques. En relèvent, entre autres, les questions de délais et de leur computation, les*

---

630 *Ibid.*
631 *Id.*, p. 359.
632 DIMOPOULOS Nikos, *ibid.*, p. 359.
633 *Ibid.*
634 *Ibid.*, pp. 359-360.
635 Il est également intéressant d'observer que le *Uniform Parentage Act* donne des alternatives de réglementation aussi bien pour les pays qui adoptent des positions restrictives que ceux qui ont des positions plus permissives.

nullités ou irrégularités procédurales et leurs conséquences... Il semble qu'un effort raisonnable de rapprochement procédural pourrait démarrer ici. … »[636]. Ces observations ont une valeur qui dépasse le contexte dans lequel elles sont exprimées. La législation des États-membres en matière d'assistance à la procréation inclut, en dehors des dispositions cristallisant des principes essentiels, une série de dispositions qui relèvent plutôt de la technicité et dont l'unification serait souhaitable. De plus le caractère relativement récent du droit de l'assistance médicale à la procréation permet de penser que certaines dispositions ne traduisent pas une conception propre à la culture nationale. Un des exemples puisé dans le droit de la procréation médicalement assistée est celui des modalités de vérification du consentement des deux personnes à l'origine d'un projet parental nécessitant le recours à une technique. Ainsi un ensemble de règles pouvant nous conduire à une certaine uniformisation pourrait être le suivant :

> « ***Consentement à une assistance médicale à la procréation.*** *La mise en œuvre d'une technique d'assistance médicale à la procréation, qu'elle qu'elle soit, suppose que chaque participant reçoive une information préalable avant qu'il fournisse par écrit son consentement. Le consentement doit être recueilli par le médecin du centre médical en charge de la procédure d'assistance médicale à la procréation. À défaut de possibilité de donner le consentement auprès du centre d'assistance médicale à la procréation le consentement doit être donné en la forme notariée ou une forme présentant des garanties équivalentes.*
>
> *Le consentement peut être révoqué dans les mêmes conditions.*
>
> *L'expression du consentement dans les formes exprimées ci-dessus vaut consentement à l'établissement du lien de filiation, dans les législations l'exigeant* ».
>
> « ***Procréation post mortem.*** *Toute procréation entreprise post mortem nécessite une autorisation judiciaire ». Il serait nécessaire qu'une telle décision règle aussi la question de la filiation et des droits qui découlent d'un tel lien* ».
>
> **« *Gestation pour autrui*.** *Toute procédure de gestation pour autrui nécessite une autorisation judiciaire préalable à la mise en œuvre de la procédure. Les juges devront vérifier que la mère porteuse est bien informée des risques inhérents à toute gestation ainsi qu'à la complexité du processus. Le juge doit également examiner à l'exception des cas de gestation pour autrui altruiste que la mère porteuse ait bien reçu une indemnisation juste et équilibrée. Enfin, le tribunal doit vérifier que la mère porteuse est assurée*

[636] KERAMEUS D. Konstantinos, « La procédure civile nationale dans le cadre du droit communautaire », in Jean-Sylvestre BERGÉ, Marie Laure NIBOYET (sous la dir. de), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, colloque international qui a eu lieu à l'Université de Paris X-Nanterre les 28/01-01/02/2003, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 145-152 et spéc. pp.148-149.

contre tout danger. À supposer que ces conditions soient remplies la filiation qui résulte sera automatiquement reconnue dans tous les États membres acceptant ce processus.

Dans les hypothèses où une gestation pour autrui n'a pas été conduite en de tels termes une procédure judiciaire devra être menée à l'initiative de l'Autorité en charge de surveiller les processus d'assistance médicale à la procréation. Cette procédure portera sur la question de la capacité des parents d'intention d'assumer le rôle des parents. Elle pourrait éventuellement prévoir des sanctions à l'encontre des parents d'intention pour ne pas avoir suivi la procédure légale. Une sanction pécuniaire sera infligée aux parents d'intention qui pourrait, soit être versé à la mère porteuse, soit à un fonds spécial dédiée aux femmes en danger d'exploitation ».

Au-delà des dispositions présentées ci-dessus, un cadre juridique uniforme du droit matériel de l'assistance médicale à la procréation doit inclure un droit de dédommagement en faveur de la mère porteuse qui ne sera soumis à aucun délai[637]. Cette action sera fondée dans le cas où le couple traite la femme de manière dégradante ou lui impose un mode de vie limitant de manière considérable son autonomie personnelle. Une telle règle peut avoir un double effet positif. D'une part, elle est de nature à empêcher des couples de s'impliquer dans des processus pouvant générer des conflits de lois. D'autre part, elle les incitera à chercher les cadres juridiques les mieux réglementés ou ceux dont la législation est largement considérée comme raisonnable, de peur qu'ils aboutissent à un lien de filiation qui serait difficilement reconnu ou à des arrangements avec la mère porteuse qui peuvent être dangereux pour celle-ci.

En faveur d'une unification du droit substantiel ou de la création d'un *soft law* en matière d'assistance médicale à la procréation, on peut soutenir qu'elle pourrait contribuer à la clarification des relations du droit primaire de l'Union européenne avec le droit de la famille dans ce domaine. Les questions non résolues par un projet d'unification pourraient être considérées comme des entraves légitimes à la liberté de circulation.

Enfin, une mission qui doit être organisée au niveau de l'Union européenne est celle d'une autorité indépendante en matière d'assistance médicale à la procréation[638]. Les enjeux de techniques d'assistance médicale à la procréation dépassent les frontières et les

---

637 APPLETON Susan Frelich, « Surrogacy Arrangements and the Conflict of Laws », *Wisconsin Law Review* 1990, 399-482, spéc. p. 476. L'auteur préconise l'adoption d'une telle possibilité comme un remède pour les États restrictifs souhaitant de restreindre l'accès à la gestation pour autrui. Or une telle proposition pourrait avoir une portée plus générale.

638 En faveur de cette proposition v. DIMOPOULOS Nikos, « Towards a European Legal Framework on Medically Assisted Reproduction », in *Medically Assisted Reproduction: Proposal for a Common European Policy*, Thessalonique, septembre 2015, in *Medically Assisted Reproduction : Towards a Common European Legislation ?*, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 357-372, spéc. pp. 367-372.

capacités des autorités étatiques. On reproche souvent à l'Union européenne le caractère bureaucratique de procédures suivies et de son fonctionnement. Toutefois, l'organisation d'une bureaucratie est aussi un des points fort de la construction européenne au moins dans certains domaines. Une telle Autorité peut exploiter l'expérience déjà acquise par des autorités telle l'autorité britannique, la *Human Fertilisation and Embryology Authority*. Il faut noter l'existence d'une série de règles adoptées le plus souvent au moyen des directives ayant comme objectif le contrôle des tissus et des cellules humaines, le contrôle des procédures relatives à la collecte des tissus humains et des cellules, la traçabilité de ces éléments, le contrôle de l'équivalence des standards de qualité et de sécurité du transport des tissus et des cellules à l'intérieur de l'Union européenne[639]. La création d'une telle autorité s'inscrira donc dans le mouvement ayant conduit à l'adoption de cette réglementation. Une autorité européenne peut créer un système d'inspection des activités des cliniques efficace, tenir un registre des dons du matériel génétique. De plus, une telle autorité pourrait, en cas d'absence même d'une unification minimum des règles d'accès aux différentes techniques, rassembler les informations nécessaires relatives aux conditions d'accès et en particulier par rapport aux conditions de consentement et de sa révocation[640]. Cet élément est crucial parce qu'il est le plus souvent dans la réglementation nationale l'élément indispensable pour la création d'un lien de filiation entre les personnes ayant formulé un projet parental et l'enfant à naître. Une telle autorité tire enfin partie de sa légitimité du fait que le transport du matériel génétique d'un État membre à l'autre constitue une réalité qu'on ne peut pas négliger.

Nous avons donc constaté que l'adoption des règles internationales en matière d'assistance médicale à la procréation constitue une des voies possibles pour résoudre les problèmes de conflit de lois. Certes, il peut s'agir de règles de conflit uniformes. En même temps, des doutes se font jour quant à la possibilité d'avancer avec des règles

---

[639] Directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 ; directive 2004/23/EC de la Commission du 8 février 2006 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains ; directive 2006/17/EC concernant certaines exigences techniques relatives au don, à l'obtention et au contrôle de tissus et de cellules d'origine humaine ; décision de la Commission 2010/453/EU du 3 août 2010 établissant, dans le domaine des tissus et cellules humains, des lignes directrices relatives aux modalités des inspections et des mesures de contrôle ainsi qu'en matière de formation et de qualification des agents, conformément à la directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil ; directive de la Commission du 8 avril 2015 portant application de la directive 2004/23/CE en ce qui concerne les procédures de vérification des normes équivalentes de qualité et de sécurité des tissus et cellules importés. Il faut aussi noter la résolution du parlement européen (OJ C/320/251 10.12.2005) insistant sur le besoin de réglementation du commerce des ovules afin que le corps humain ne devienne pas un objet de transaction et les femmes victimes d'exploitation.

[640] V. plus en détail par rapport aux missions qu'une telle Autorité devrait assumer DIMOPOULOS Nikos, « Towards a European Legal… », *op.cit.*, pp. 369-372.

substantielles uniformes dans le sens où la grande diversité de conceptions mettrait des obstacles sérieux à une telle démarche, ce qui la rendrait très improbable[641]. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine a tendance à préconiser une approche plus flexible comme celle qui pourrait être mise en œuvre dans le contexte d'une coopération des autorités, notamment en ce qui concerne le procédé de la gestation pour autrui.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'évolution des règles de conflit de France et de Grèce s'inscrit souvent dans le sillage d'une modification du droit substantiel. Autrefois, elle était le fruit des idées de la doctrine par rapport aux objectifs propres que le droit international privé se fixe. Ces observations invitent à apprécier toute démarche d'évolution du droit international privé avec circonspection. Sa nécessité doit être évaluée au vu des circonstances spécifiques et de son apport. C'est notamment le cas de la nécessité d'apporter des meilleures réponses à la détermination du droit applicable à la filiation à la suite de l'utilisation d'assistance médicale à la procréation. En matière de gestation pour autrui il était suggéré qu'une règle de conflit à même de démontrer un ordre juridique ayant des liens étroits est celle du pays où le processus s'effectue. Des doutes sont permis en ce qui concerne les filiations résultant d'une autre technique ou d'un autre projet parental inédit. Le droit de la résidence habituelle de l'enfant aurait des forts titres d'être appliqué. Sa légitimité d'application est en concurrence avec celle du droit du pays de la mise en œuvre du processus, lorsque le projet parental est réalisé avec l'apport d'un tiers. L'incertitude découlant des différentes désignations possibles combinée avec l'intervention de l'ordre public international conduisent toutefois à proposer l'application du droit du for en matière de filiation de manière générale. Ce recours au droit du for devrait être combiné avec un système de circulation facilité des liens de filiation constatés dans un ordre juridique étranger et avec la concentration du contentieux relatif à l'établissement et à la contestation du lien de filiation devant les juridictions du pays de la résidence habituelle de l'enfant.

Cependant, même si on considère que ce changement dans le mode de désignation est opportun, l'on est loin de la résolution des problèmes posés par le recours

[641] BRUGGER Kristiana, « International Law in the Gestational Surrogacy Debate », *Fordham International Law Journal*, Vol. 35, 2012, pp. 665-697, spéc. p. 679, 684.

transfrontalier aux services d'assistance médicale à la procréation. Les règles matérielles ont un rôle indéniable. Et les tentatives de traiter ces problèmes doivent être pensées non seulement au niveau national, mais également au niveau européen et international.

Le législateur dans l'Union européenne peut, malgré la qualité parfois faible d'instruments qu'il adopte avoir un impact positif dans la réglementation du recours transfrontalier aux services d'assistance médicale à la procréation. Et si la divergence des conceptions quant au jeu et au rôle des règles de conflit fait penser que l'unification des règles de conflit en matière de filiation serait prématuré, son rôle pourrait être beaucoup plus positif dans le domaine de la supervision des activités des centres d'assistance médicale à la procréation et celui de la collecte des données de la pratique. De plus, une contribution significative à la réglementation des relations qui se nouent en raison du recours à l'assistance médicale à la procréation peut résulter de l'uniformisation des règles dans ce domaine et plus particulièrement de celles qui influencent le sort de la filiation de l'enfant. Rien n'exclut qu'une partie de ces objectifs puisse être atteint au niveau international. Des avantages considérables pourraient résulter de l'adoption d'un instrument international. Une des voies des plus prometteuses sur le plan international, déjà éprouvée en matière d'adoption internationale, est celle de la coopération internationale des autorités nationales. Ce moyen est envisagé en particulier pour les problèmes générés par le recours à la gestation pour autrui. Le caractère controversé de cette pratique et les positions parfois opposées rencontrées parmi les différents ordres juridiques sont parmi les raisons qui font penser que la conclusion d'une telle convention est peu probable. Cela ne remet pas en cause l'utilité des démarches de coordination sur le plan international. Les chances peuvent être plus importantes si le texte d'une Convention internationale se limite à un petit nombre de questions autour desquelles un consensus serait plus facile à réaliser.

Conclusion de la première partie

L'étude du droit comparé joue un rôle très important dans les démarches de coordination entre ordres juridiques. La meilleure compréhension des institutions à première vue exotiques ou exorbitantes déclenche des réactions qui parfois peuvent être phobiques. Ces réflexes certes compréhensibles, compromettent les tentatives d'apporter des solutions conciliant des points de vue opposés. La confrontation est inévitable. Fréquemment, des pays ouvrant l'accès à des nouvelles institutions ne se préoccupent pas suffisamment des relations boiteuses pouvant survenir, ni du problème de la compatibilité de leurs solutions avec celles d'autres ordres juridiques. Une coordination indirecte s'effectue parfois par l'adoption de règles délimitant de manière spatiale le champ d'application des législations permissives. Toutefois, celles-ci ne sont pas à même d'éviter l'apparition de problèmes de droit international privé. D'ailleurs, les règles de conflit en matière de filiation, dont l'adaptabilité aux objectifs du droit international privé n'est guère examinée après l'avènement des techniques d'assistance médicale à la procréation, sont limitées à un rôle marginal au stade de la création du lien de la filiation. Ainsi, il apparaît que la complexité de problèmes qui surgissent nécessite la combinaison des différentes méthodes du droit international privé. La mise en œuvre de règles matérielles internationales et celle d'une coopération entre autorités seront d'une utilité particulière. En ce qui concerne la désignation du droit applicable en matière de filiation, il nous semble que le recours au droit du for est la solution la plus opportune. Toutefois, l'adoption d'une telle orientation doit être combinée avec un régime libéral de reconnaissance de liens de filiation dont l'existence a été constatée à la fois officiellement par une autorité publique et en pratique par le développement d'une vie familiale effective. Il convient donc maintenant d'examiner les conditions d'une telle circulation de liens de filiation.

DEUXIÈME PARTIE

CIRCULATION DES FILIATIONS ISSUES D'UNE ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

L'utilisation de l'expression de circulation des liens de filiation peut paraître de prime abord inexact ou prêter à la critique. Le terme reconnaissance de liens de filiation paraît plus pertinent. Toutefois, un tel choix serait réducteur de la réalité que nous tentons de capter dans les lignes qui suivent. Le contentieux le plus développé en matière de gestation pour autrui a été celui de la transcription des actes de naissance. Cependant, comme il sera expliqué ci-dessous, le problème de la transcription ne se recoupe pas avec le problème de la reconnaissance des liens de filiation.

La circulation des liens de filiation est le terme qui permet de mieux appréhender la réalité des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation. En portant notre regard sur cet aspect de la problématique nous tenterons de comprendre la portée du débat méthodologique pour les problèmes suscités sans pour autant perdre de vue d'autres facteurs qui jouent un rôle plus déterminant à cette circulation. Le débat méthodologique et la volonté d'apporter une vision d'ensemble aussi bien sur le plan théorique que sur le plan pratique oblige d'examiner également les effets des liens de filiation.

Ainsi, rechercherons-nous, dans un premier temps les problèmes principaux rencontrés lors de la circulation d'un lien de filiation et des éclairages qu'ils apportent pour le débat méthodologique du droit international privé (Titre I), pour venir, dans un second temps, d'examiner l'influence de la réglementation des effets des liens de filiation (Titre II).

TITRE I

LA CIRCULATION DU LIEN DE FILIATION

La circulation de liens de filiation établis dans un pays étranger à la suite d'une assistance médicale à la procréation a été la source d'un contentieux abondant. Des éléments de ce contentieux ont été perçus comme des arguments en faveur d'une mutation méthodologique concernant la circulation de situations. Afin d'aborder les problèmes de ce contentieux et son impact sur le plan méthodologique nous avons choisi d'examiner le système de circulation des filiations institué par la France et par la Grèce. L'examen se focalisera sur la circulation des liens de filiation issus d'une gestation pour autrui et d'une procréation médicalement assistée. L'attention sera portée sur les liens tissés en faveur des parents de même sexe ayant recours, soit à une gestation pour autrui soit à une procréation médicalement assistée. Les processus d'assistance médicale à la procréation sélectionnés dans le cadre de la présente étude posent les difficultés les plus importantes. L'analyse des systèmes de circulation permettra, d'une part, de constater les impasses auxquelles conduisent les solutions avancées et, d'autre part, d'identifier les inconvénients liés aux méthodes, et plus généralement, au fonctionnement du droit international privé. L'ordre public et la fraude à la loi constituent les obstacles principaux à la circulation de liens de filiation créés à l'étranger ; ceux-ci surgissent le plus souvent au stade de la transcription des actes de naissance.

Tout d'abord, les systèmes de la Convention européenne des droits de l'Homme et dans une moindre mesure, du droit de l'Union européenne fonctionnent comme des catalyseurs de cette circulation en la facilitant. L'influence de ces deux systèmes ne va toutefois pas jusqu'à imposer la reconnaissance des liens de filiation tels que conçus dans un ordre juridique étranger ; leur intervention se trouve toujours justifiée par les incohérences du droit national en cause. Ensuite, une reconfiguration des méthodes de droit international privé au stade de la circulation des filiations n'est pas de nature à affecter considérablement la reconnaissance de liens de filiation établis à l'étranger. Des interventions ponctuelles au stade de la circulation des liens de filiation peuvent, en revanche, rendre les systèmes de réglementation de cette circulation plus intelligibles et

mieux à même d'assurer les objectifs de droit substantiel de chaque ordre juridique, qu'ils soient libéraux ou restrictifs.

L'analyse débutera par l'examen de systèmes de circulation des liens de filiation, des obstacles à la circulation et de leurs failles (Chapitre 5) ; seront ensuite abordés les facteurs qui fonctionnent et qui peuvent fonctionner comme des catalyseurs à la circulation de liens de filiation (Chapitre 6).

CHAPITRE 5

SYSTÈMES DE CIRCULATION DE LIENS DE FILIATION ET OBSTACLES À LA CIRCULATION

La circulation de liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation a été à l'origine de problèmes aussi bien dans l'ordre juridique français que dans l'ordre juridique grec. Les deux pays adoptent des positions inverses, voire opposées en matière de gestation pour autrui ainsi qu'en ce qui concerne les liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation. Ils sont également aux prises avec des problèmes de « reconnaissance » des filiations. L'examen des systèmes de circulation des liens de filiation permettra de prendre conscience du fait qu'indépendamment du contexte dans lequel la question de l'existence de la filiation surgit, ce sont notamment l'ordre public et, dans une moindre mesure la fraude à la loi, dont l'influence est la plus caractérisée. Ces mécanismes sont à l'origine des obstacles à la circulation tandis que le rôle de la règle de conflit en matière de filiation est résiduel voire inexistant. L'examen du contentieux révèle que le recours aux deux mécanismes, censés être d'exception, est souvent justifié au moyen d'une motivation laconique, insuffisante, qui ne permet pas d'identifier clairement les arguments invoqués à son appui. Le recours à ces deux mécanismes dans de telles conditions nuit à la sécurité juridique et à la prévisibilité des solutions ; il fait ainsi obstacle tant à une politique restrictive qu'à une politique libérale. Il faut également relever que le recours à ces deux mécanismes perpétue des problèmes pratiques dans la vie familiale des personnes concernées. Les solutions adoptées font, d'ailleurs, passer au second plan certains objectifs du droit international privé, tels la continuité des rapports personnels, la protection de la vie familiale ou encore la prise en considération des liens étroits qu'une situation présente avec un ou plusieurs ordres juridiques étrangers. Il apparaît, en définitive que l'étude des droits étrangers ainsi qu'une meilleure compréhension de la réglementation relative à l'établissement des nouveaux liens de filiation et de ses nuances permettraient de construire des raisonnements mieux à même de satisfaire les objectifs des ordres juridiques nationaux, qu'ils soient restrictifs ou libéraux.

Le raisonnement qui précède sera démontré par la présentation des termes dans lesquels le problème de la circulation du lien tissé à la suite d'une gestation pour autrui ou d'une procréation médicalement assistée s'est posé devant les autorités et les juridictions nationales françaises et grecques. Nous traiterons, dans un premier temps, les conditions dans lesquelles un lien de filiation issu d'une gestation pour autrui peut être reconnu ou invoqué (SECTION 1) avant d'examiner, dans un second temps, comment ces mêmes conditions sont mises en œuvre s'agissant des liens de filiation créés en faveur des couples de même sexe (SECTION 2).

SECTION 1

CIRCULATION DES FILIATIONS ISSUES D'UNE GESTATION POUR AUTRUI

Les problèmes dans la circulation des filiations issues d'une gestation pour autrui surgissent fréquemment lors des démarches de transcription des actes de naissance. Ils se présentent devant les officiers de l'état civil sous la forme de la décision de transcrire ou non un acte de naissance établi à l'étranger[642]. Cette question se différencie de celle de la reconnaissance d'un lien de filiation. L'admission ou le refus de la transcription n'équivaut pas à la reconnaissance ou au refus de reconnaissance du lien de filiation. Ceci explique que la question du droit applicable à la filiation ne se pose pas dans les mêmes termes lors d'une procédure judiciaire ayant comme objet la reconnaissance d'un lien de filiation ou lors d'une procédure ayant comme objet la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger. La filiation ne constitue pas l'objet principal de la procédure relative à la demande de transcription de l'acte de naissance assurée par l'officier de l'état civil. Accepter de transcrire un acte d'état civil ne signifie donc pas qu'une filiation existe juridiquement dans l'ordre juridique de réception. Accepter de transcrire un acte de naissance équivaut, en principe, à la prise un compte d'un fait survenu, à l'instar de la naissance d'un enfant ou de la déclaration de reconnaissance d'un enfant par un homme. C'est la raison pour laquelle la règle de conflit en matière de filiation n'est généralement pas examinée lors de la démarche de transcription d'un acte de naissance. En parallèle, la transcription d'un acte de naissance fondé sur un jugement qui reconnait un lien de filiation présente des différences avec la procédure ayant comme objet principal la reconnaissance de ce jugement. Dans ce cas, il n'est pas exclu qu'une décision étrangère portant sur un lien de filiation puisse être reconnue sans qu'il soit toutefois possible de faire transcrire l'acte de naissance résultant de ce jugement. En d'autres termes, le refus de transcription d'un acte de naissance ne signifie pas nécessairement que le jugement portant sur le lien de filiation ne soit pas reconnu par la suite. Cette différence entre

[642] Les démarches de transcription d'un acte d'état civil s'effectuent le plus souvent devant les autorités consulaires du pays de la nationalité de la personne intéressée.

reconnaissance de filiation et admission de transcription d'un acte d'état civil de filiation[643] explique l'examen distinct de ces deux questions.

Néanmoins, l'examen de la jurisprudence relative à la pratique de l'état civil dans les affaires à dimension internationale présente aussi un intérêt pour la reconnaissance des liens de filiation. La conformité à l'ordre public international et l'absence d'une fraude à la loi –examinées lors du contrôle mené par les autorités chargées de transcrire un acte d'état civil établi à l'étranger–, sont aussi examinées lors des procédures ayant comme objet principal la reconnaissance d'un lien de filiation. Ainsi, bien que l'objet du contrôle lors d'une procédure de transcription ne soit pas identique à celui d'une procédure visant à la reconnaissance ou à la contestation d'un lien de filiation, certaines conditions sont communes aux deux procédures. Par conséquent, l'appréciation de la mise en œuvre de ces deux mécanismes d'exception dans le cadre d'une transcription d'un acte d'état civil peut influer sur leur utilisation dans le cadre d'une autre procédure. Aussi, le refus de transcrire un acte de naissance rend ardue sinon impossible l'invocation et l'acceptation du lien de filiation par les autorités du pays de la résidence habituelle des parents [644]. En revanche, si une transcription est effectuée, le problème de la reconnaissance de la filiation peut ne plus se poser pour le futur. Ce sont les raisons pour lesquelles nous examinerons, pour la Grèce et la France, aussi bien les conditions requises pour la transcription d'un acte de naissance que celles nécessaires à la reconnaissance d'un lien de filiation. Nous commencerons par la France (§ 1) pour en venir ensuite à la Grèce (§ 2).

§ 1. Circulation d'une filiation en France

La France a été l'un des premiers pays confronté au problème de la circulation d'un lien de filiation issu d'une gestation pour autrui. Comme nous l'avons constaté, ce problème recèle deux facettes, à savoir la reconnaissance du lien de filiation (A) et la transcription de l'acte d'état civil constatant le lien de filiation (B).

[643] V. Paris, 18 mars 2010, n° 09/11017, *D.* 2010, note DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, pp. 1683-1687, spéc. p. 1684, 1686.
[644] LAGARDE Paul, « La gestation pour autrui : Problèmes de droit interne et de droit international privé », *RHDI* 2009, pp. 511-520, spéc. p. 517.

A. CONDITIONS DE RECONNAISSANCE D'UN LIEN DE FILIATION

Le problème de la reconnaissance d'un lien de filiation se pose en des termes différents selon qu'il existe ou non un jugement portant sur ce même lien de filiation. Nous nous pencherons, dans un premier temps, sur les conditions de circulation d'un lien de filiation établi sans l'intervention d'une autorité judiciaire (1), et nous passerons ensuite aux conditions de reconnaissance d'un lien de filiation consacré par une décision judiciaire (2).

1. Conditions de reconnaissance d'un lien de filiation établi sans l'intervention d'une autorité judiciaire

La circulation d'un lien de filiation établi sans l'intervention d'une autorité judiciaire peut se poser comme question principale ou comme question incidente. La manière dont la question surgit de manière incidente sera examinée ultérieurement en raison de ses particularités[645]. La reconnaissance comme question principale peut apparaître dans deux cas de figure au moins, à savoir lors d'une action dont l'objet principal est la reconnaissance du lien de filiation, ou alors, à l'opposé, lors d'une action visant à la contestation du lien de filiation[646].

Dans ces deux hypothèses et en présence d'éléments d'extranéité, les juges se doivent de soulever la question du droit applicable et consulter la règle de conflit pertinente. Cette nécessité surgit notamment lorsque le lien de filiation issu d'une gestation pour autrui a été établi à l'étranger sans qu'une décision intervienne[647]. Nous ne reprenons pas ici le raisonnement requis pour l'identification du droit applicable[648].

Il faut néanmoins rappeler que l'on pourrait tout d'abord envisager l'application de l'article 311-14 du Code civil pour déterminer le lien de filiation maternel. L'article 311-15 du Code civil portant sur la possession d'état peut ensuite également être pris en considération. La possession d'état pourrait en effet jouer en faveur des parents d'intention même dans l'hypothèse où un jugement américain établissant les liens de

645 V. *infra,* titre II de la thèse.
646 Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 le procureur de la République, selon l'article 336 du Code civil, a la possibilité d'agir en contestation du lien de la filiation légalement établi « *si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi* ».
647 C'est le cas en Inde et en Ukraine.
648 V. chapitre 3, pp. 184 et *seq.*

filiation en faveur des parents d'intention ne pourrait pas être reconnu[649]. La raison en serait que les faits invoqués en faveur du jeu de la possession d'état sont différents de ceux appréciés lors d'une demande de reconnaissance d'un jugement.

Au demeurant, et indépendamment de l'hypothèse d'application de ces dispositions, on observe que l'application des règles de conflit françaises peut conduire à l'application d'une loi étrangère qui autorise l'établissement du lien de filiation en cause. Dans un tel cas de figure, la question déterminante sera celle de la contrariété de la solution à l'ordre public international. Cette question a surgit surtout lors des procédures ayant comme objet principal la transcription d'un acte de naissance. C'est la raison pour laquelle nous y reviendrons lors de l'examen de la jurisprudence relative à la transcription des actes d'état civil. Certes, déterminer si l'application d'une disposition étrangère qui consacre un lien de filiation est contraire à l'ordre public international n'équivaut pas à déterminer si une décision consacrant un lien de filiation est contraire à l'ordre public international ou s'il y a lieu ou non de transcrire un acte d'état civil. Normalement, l'éviction de la disposition étrangère nécessite en effet de lui substituer une autre disposition. Toutefois, les termes de la confrontation de l'ordre public international à un jugement ne se différencient pas sensiblement de ceux de la confrontation du lien de filiation en absence de jugement. Venons-en donc à l'examen des conditions de reconnaissance de ce type de jugement.

2. Conditions de reconnaissance d'un lien de filiation établi par décision judiciaire

Les parents qui ont eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger tout en bénéficiant d'une consécration de leur lien de filiation par une décision judiciaire peuvent solliciter sa reconnaissance. Cette possibilité existe bien que les jugements relatifs à l'état des personnes bénéficient généralement en France d'une autorité de plein droit. Cette voie n'a pas été la plus fréquemment empruntée par les couples de Français qui se sont déplacés à l'étranger afin de bénéficier d'une gestation pour autrui. L'efficacité des

[649] L'invocation de cette disposition a déjà eu lieu dans le contexte d'un procès portant sur la question de savoir s'il faut ou non accepter la transcription d'un acte de notoriété constatant la possession d'état. La Cour de cassation n'a pas admis les arguments avancés reposant sur la possession d'état ; civ., 1re, 6 avril 2011, n° 09-17.130 ; *Rev. crit. DIP.* 2011, p. 722-742, note HAMMJE Petra, v. spéc. la critique de la solution écartant le jeu de la possession d'état, pp. 733-735 ; *D.* 2011, pp. 1521-1529, note BERTHIAU Dominique, BRUNET Laurence, spéc. pp. 1526-1527.

décisions étrangères est soumise[650] à trois conditions : 1. la compétence de l'autorité étrangère, 2. la conformité à l'ordre public et 3. l'absence de toute fraude à la loi[651]. On constate en matière de gestation pour autrui que les obstacles principaux à la reconnaissance d'une décision qui établit un lien de filiation sont ceux de l'ordre public international et la fraude à la loi. En revanche, la question de la compétence de l'autorité étrangère ne peut aucunement constituer un obstacle à la reconnaissance d'un jugement qui établit un lien de filiation en faveur de la mère d'intention. La nationalité de la mère porteuse, sa résidence habituelle et le fait que toute l'opération ait été menée dans un pays étranger ne peuvent qu'être considérés comme des éléments suffisant à démontrer un lien caractérisé avec les juridictions du pays de la décision[652]. Nous passerons en revue les conditions de l'ordre public international et la fraude à la loi à l'occasion de la présentation du contentieux relatif à la transcription des actes de naissance établis aux États-Unis. Nous nous limiterons à mentionner le cas d'un couple d'hommes pacsés ayant sollicité l'exequatur d'un jugement californien déclarant deux hommes pères des enfants issus d'un couple hétérosexuel avec lequel ils avaient conclu un « *contrat procréatif* ». La Cour de Paris les a déboutés « *sur le fondement de la contrariété à l'ordre public et de l'incompatibilité avec les règles du droit français de la filiation relatives à l'établissement d'un lien de filiation paternelle par le sang à l'égard de deux hommes* »[653].

Le contentieux examiné ci-après a résulté de la possibilité du Procureur de la République de demander la transcription de l'acte dans le but exclusif d'en obtenir son annulation. Nous présenterons, donc, les termes dans lesquels le problème s'est posé

---

650 *Cornelissen*, 20 février 2007, *D.* 2007, p. 1115, note D'AVOUT Louis et BOLLÉE Sylvain ; *Gaz. Pal.* 3 mai 2007, p. 2 chron. NIBOYET Marie-Laure ; *Rev. crit. DIP.* p. 420, note ANCEL Bertrand, MUIR WATT Horatia.

651 V. MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 10e éd., Montchrestien/Lextenso éditions, Paris, 2010, pp. 272 et seq. ; AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, 6ème éd., Economica, Paris 2010, p. 403 et *seq.* Le système de contrôle des décisions n'est pas mis en cause par un arrêt de la Cour de cassation qui semble revenir sur la condition du contrôle de la loi applicable selon la règle de conflit : civ. 1re, 9 mars 2011, n° 09-72.371, *AJ fam* 2011, p. 206, obs. MIRCOVIC Aude ; *RTD civ.* 2011, p. 338, obs. HAUSER Jean; *JDI* 2011, p. 967, obs. GODECHOT-PATRIS Sara et GUILLAUMÉ Johanna ; GAUDEMET-TALLON Hélène, JAULT-SESEKE Fabienne, « Panorama, droit international privé : février 2011-février 2012 », *D.* 2012, pp. 1228-1240, spéc. p. 1239 : en l'espèce, la Cour refuse de reconnaître une adoption américaine en l'absence d'un consentement éclairé, condition requise par le droit français désigné applicable par l'article 370-3 du Code civil. Le fait que la Cour ait visé explicitement l'article 370-3 du Code civil au lieu d'une autre condition, comme celle de l'ordre public international inciterait à penser à une renaissance de la condition de la loi appliquée.

652 ANCEL Bertrand, *L'institution exorbitante*, cours de droit international privé (2009-2010), Master 2 Recherche en Droit international privé et droit du commerce international de l'Université Panthéon-Assas Paris 2, polycop., 2010, pp. 156-157.

653 Paris, 17 mars 2011, n° 10/09648, GALLOUX Jean-Christophe, GAUMONT-PRAT Hélène, *D.* 2012, p. 308-322 ; GRANET-LAMBRECTHS Frédérique, « Droit de la filiation : panorama avril 2011 - février 2012», *D.* 2012, pp. 1432-1439, spéc. p. 1436.

devant les autorités françaises ainsi que les conditions de transcription des actes d'état civil établis à l'étranger.

B. CONDITIONS DE CIRCULATION DES ACTES DE NAISSANCE

Dans la majorité de cas liés à une assistance médicale à la procréation, le problème de la « reconnaissance » d'une filiation établie à l'étranger surgit d'abord devant une autorité publique au lieu d'une juridiction. Les personnes intéressées entreprennent les démarches nécessaires afin de se prévaloir des liens de filiation établis à l'étranger. Une personne de nationalité française, un couple de Français ou un couple impliquant au moins un ressortissant français tente généralement de faire transcrire un acte d'état civil ou de déclarer la naissance de l'enfant. La demande de transcription de l'acte d'état civil ou la déclaration de la naissance ne résout pas la question de la reconnaissance du lien de la filiation. La procédure empruntée facilite simplement les démarches des couples chaque fois qu'il leur est nécessaire d'invoquer leur lien de filiation à l'égard d'une autorité. Il convient d'ailleurs de noter qu'une partie des personnes intéressées n'entreprennent pas de faire transcrire l'acte de naissance étranger ou de déclarer la naissance auprès des autorités consulaires. Pour mettre en lumière comment la pratique de transcription des actes d'état civil s'est développée en matière de liens de filiation issus d'une gestation pour autrui, nous allons, dans un premier temps, présenter les conditions de circulation des actes de naissance (1) et, dans un second temps, examiner comment celles-ci sont mises en œuvre dans le contentieux relatif à la transcription d'un acte de naissance (2). Ceci permettra de comprendre la portée de ce contentieux dans la reconnaissance du lien de filiation.

1. Conditions de circulation d'un acte de naissance

Dans les premières années de la pratique de la gestation pour autrui, les autorités consulaires n'avaient pas pris conscience[654] de la pratique de gestation pour autrui qui se

[654] Avant les années 2000, de nombreux couples ont pu faire transcrire leurs actes de naissance établis aux États-Unis. Nous tenons à remercier l'Association C.L.A.R.A. (Comité de soutien pour la Légalisation de la GPA et l'Aide à la Reproduction Assistée ; pour plus d'informations sur cette association v. <http://claradoc.gpa.free.fr/> dernière visite 12.10.2016) pour nous avoir communiqué ces informations. V. aussi les informations incluses dans la requête n° 65192/11, introduite le 6 octobre 2011 devant la Cour européenne des droits de l'Homme ayant conduit à l'arrêt *Mennesson et autres contre la France*.

développait à l'étranger. Des citoyens français sont parvenus à faire transcrire les actes de naissance les désignant comme père et mère[655]. Cependant, il ressort de la pratique des autorités consulaires que les formalités requises pour la déclaration de naissance ou la transcription d'un acte de naissance ont été alourdies par la suite dans le but de pouvoir identifier les cas de gestation pour autrui. Depuis ce changement de tactique, un certain nombre de ressortissants français ayant eu recours à une gestation pour autrui ont décidé de ne pas procéder à la déclaration de la naissance de l'enfant ou à la transcription de l'acte d'état civil établi à l'étranger auprès du consulat afin d'éviter ces obstacles[656]. L'omission de transcription a toujours été possible pour ceux qui ont eu accès à une gestation pour autrui dans un pays adoptant le principe du *jus soli* en matière de droit de la nationalité[657]. Grâce à ce principe les enfants nés dans ces pays parviennent toujours à obtenir un passeport[658]. Certes, l'enfant n'est pas enregistré dans le service central d'état civil et les parents doivent produire l'acte de naissance étranger devant l'autorité compétente pour toute démarche qui nécessite l'invocation du lien de filiation comme l'obtention de la nationalité. Dans ce cas l'autorité doit interpréter l'article 47 du Code

---

655 V. comme il résulte de la jurisprudence mais aussi de notre recherche [Renseignements obtenus par l'Association C.L.A.R.A. ainsi que par des couples ayant eu recours à une gestation pour autrui en Californie] les actes de l'état civil, au moins ceux dressés en Californie et en Grèce, ne portent « *aucune trace de gestation pour le compte d'autrui* » : v. note DE GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, sous Paris, 25 octobre 2007, *Gaz. Pal.*, nos 27-29, 128ème année, 27 -29 janvier 2008, pp. 20-28, spéc. p. 22 ; la même constatation résulte aussi de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1990, *D.* 1990, p. 540, note BOULANGER François ; *JDI* 1990, p. 982, obs. GAUDEMET-TALLON Hélène, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, note LABRUSSE-RIOU Catherine. Ainsi, la réaction des autorités étatiques à l'égard des actes de naissance issus après une gestation pour autrui se déclenchait en présence d'une suspicion qu'il puisse s'agir d'une gestation pour autrui. Dans les cas, donc, où les autorités consulaires n'avaient pas soupçonné l'existence d'une gestation pour autrui, elles procédaient à la transcription de l'acte de naissance dressé aux États-Unis. De tels cas se sont également produits au Royaume-Uni voir en ce sens : GAMBLE Natalie, « Made in the U.S.A. – Representing U.K. Parents Conceiving Through Surrogacy and ART in the United States », *Family Law Quarterly* vol. 46, Spring 2012, pp. 155-167.

656 V. MENESSON Dominique, « L'impact sur la vie des enfants en l'absence de reconnaissance officielle des actes de naissance établis après GPA à l'étranger », communication au colloque organisé par l'association C.L.A.R.A. qui a eu lieu à Paris, Mairie du IIIème arrondissement, 18 février 2012, consultable sur le site de l'association <http://claradoc.gpa.free.fr/> dernière visite le 12.10.2016.

657 Dans le dernier état de la jurisprudence il paraît que des intéressés arrivent à passer outre la procédure même dans des pays suivant le système de *jus sanguinis* v. en ce sens l'ordonnance récente du Conseil d'État : CE, 3 août 2016, no 401924 ; *D.* 2016, note LE MAIGAT Patrice, p. 1700. Dans cette dernière affaire Mme A, ressortissante française, a très probablement eu recours à une gestation pour autrui en Armenie. Le 24 juin 2016 un enfant est né à Erevan en Armenie. Mme A a tenté d'enregistrer l'acte de naissance –la mentionnant comme mère– traduit en français et apostillé tout en demandant un laissez-passer consulaire au nom de l'enfant. Le procureur de la République de Nantes a refusé le 15.07.2016 l'enregistrement de l'acte de naissance. Mme A a pu obtenir le laissez-passer par le juge de référés du Tribunal administratif de Paris le 26.07.2016. Le recours du ministère des affaires étrangères contre cette ordonnance a été rejeté par le Conseil d'État le 3 août 2016. La particularité de l'affaire tient à ce que seule la mère d'intention mentionnée dans l'acte de naissance contrairement à d'autres affaires menées à la connaissance du conseil d'État dans lesquelles un père était également mentionné qu'on pourrait penser qu'il était le père biologique de l'enfant.

658 Les États-Unis et le Canada sont parmi les pays qui suivent ce principe et représentent le choix de prédilection pour la gestation pour autrui.

civil pour décider si elle va prendre en considération le lien de filiation constaté dans l'acte étranger. Les expériences de couples confrontés à des procédures de ce type montrent que la pratique de l'administration n'est pas fixée en ce qui concerne l'appréciation du lien de filiation constaté dans l'acte de naissance étranger[659]. Les couples qui ont pu rentrer en France avec leur enfant sans avoir entrepris de transcrire l'acte de naissance ne parviennent pas toujours à se prévaloir pleinement du lien de filiation notamment en ce qui concerne la mère[660]. Malgré ces difficultés, il faut relever qu'une famille *de facto* se forme au sein de la société française et que des liens d'affection se tissent entre ses membres avec l'écoulement du temps[661].

Par ailleurs, il convient de noter que depuis l'adoption de la circulaire Taubira, la circulation des liens de filiation issus d'une gestation pour autrui a été facilitée[662]. Ainsi, même des couples de Français ayant eu recours à une gestation pour autrui dans un pays qui adopte le principe du *jus sanguinis* peuvent désormais rentrer en France après avoir obtenu des documents de voyage. Cette circulaire permet l'obtention de la nationalité française par l'enfant dans le cas où l'une des deux personnes mentionnées dans l'acte de

---

659 MENESSON Dominique, « L'impact sur la vie… », *op.cit.*

660 MENESSON Dominique, « L'impact sur la vie… », *op.cit.* Les parents qui n'ont pas transcrit l'acte de naissance peuvent être confrontés à toute une série de problèmes comme ceux qui se posent lors de la demande de l'attribution des allocations familiales, ou par rapport à la pension de la mère, à l'attribution d'une carte d'identité. Enfin, il faut noter le fait que les enfants nés dans les pays leur attribuant la nationalité entrent finalement en France en ayant un visa de touriste. Ce visa n'a qu'une durée limitée de trois mois. Il est intéressant à noter qu'il n'existe pas de difficultés par rapport à la prise en considération du lien de filiation par les autorités fiscales qui utilisent une notion plus large celle d'enfant à charge. Des problèmes plus sérieux pourraient surgir dans le cas d'un divorce, d'une séparation ou d'une succession. Pour ce genre de problèmes v. *infra.*

661 PERREAU-SAUSINE Louis, SAUVAGE Nicolas, « France », in TRIMMINGS Katarina, BEAUMONT Paul (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 119-130, spéc. p. 119 : les auteurs nous informent que, selon des statistiques officieuses, 150 à 200 enfants naissent chaque année à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui et seulement un petit nombre des couples y ayant recours rencontrent des difficultés lors de leur retour en ne parvenant pas à faire reconnaître leur statut en tant que parents. À cet égard, il faut remarquer la jurisprudence des tribunaux administratifs et du Conseil d'État qui, par l'autorisation de délivrance des documents de voyage, facilitent encore plus les démarches des couples ayant eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger : TA Paris, réf., 15 novembre 2011, n° 1120046/9 ; CE 4 mai 2011, n° 348778, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/Morin* ; v. cependant un arrêt où le Conseil d'État a renversé la décision du juge des référés qui avait fait droit à la demande qui lui était présentée mais qui « *fut rendue dans une situation de fait trouble* » : CE 8 juillet 2011, n° 350486, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/Simonet* ; sur ces arrêts v. GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation : panorama avril 2011 - février 2012 », *D.* 2012, pp. 1432-1439, spéc. p. 1436, p. 390, obs. JAULT-SESEKE Fabienne ; p. 308, obs. GALLOUX Jean-Christophe, *D.* 2011, p. 1347, p. 1995, obs. GOUTTENOIRE Adeline, *AJ fam.* 2011, p. 328, obs. MILOUDI Farouk ; *RTD civ.* 2011, p. 530, obs. HAUSER Jean.

662 Il s'agit de la circulaire du ministre Taubira. Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – Convention de mère porteuse – État civil étranger (BOMJf n° 2013-01 du 31 janvier 2013 –JUSC1301528C –p. 1/1) ; *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 275-276 ; *D.* 2013, p.303.

naissance est française. Et, même si ces couples ne réussissent pas à faire transcrire les actes de naissance étrangers, ils peuvent dorénavant créer une vie familiale effective[663].

Nous pouvons maintenant examiner la procédure requise par les autorités consulaires pour la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger ou pour la déclaration d'une naissance. Nous présenterons, d'une part, les formalités requises par les autorités (a) et, d'autre part, les conditions de régularité d'un acte de naissance établi à l'étranger nécessaires à sa transcription (b).

a. Formalités requises pour la transcription d'un acte d'état civil.

Une personne ou un couple dont l'enfant est né à l'étranger a deux possibilités pour se prévaloir de ses liens de filiation. Il peut, soit procéder à la déclaration de cette naissance soit à la transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger. La procédure de transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger nécessite que les intéressés produisent une série de documents auprès des autorités consulaires. Parmi les documents que les intéressés doivent produire au consulat du lieu de naissance de l'enfant[664] figurent une *copie* intégrale certifiée conforme de l'acte de naissance traduite et apostillée et le livret de famille français des parents de l'enfant. Le formulaire qui accompagne la demande de transcription indique, entre autres informations, la nationalité du père et de la mère de l'enfant au jour de la naissance[665]. Les parents ont également la possibilité de déclarer la naissance –même si celle-ci a été enregistrée à l'état civil du pays où elle est survenue– au lieu de demander la transcription de l'acte de naissance étranger. L'ambassade dresse alors « *un acte de naissance sur la déclaration du père, de la mère, des deux parents du nouveau-né dans un délai de 30 jours à compter du jour de la naissance* »[666]. Les intéressés doivent produire dans ce cas une copie intégrale certifiée conforme de l'acte de naissance et un certificat d'accouchement, le livret de famille français si le couple est marié ou s'il a déjà eu un enfant et, dans le cas où les parents ne sont pas mariés, les copies de leurs actes de naissance. Le consulat procédera, une fois que tous les documents seront en sa

663 V. *Rev. crit DIP* 2013, pp. 275-276 et la note de la rédaction dans laquelle des doutes sont exprimées quant à l'utilité de cette circulaire, notamment lorsque l'acte de naissance mentionne en tant que mère la mère d'intention ou « *un parent 2 de même sexe* ».

664 Les informations sont recueillies dans le site des autorités consulaires françaises en Grèce et elles sont consultables dans le site suivant : <http://www.ambafrance-gr.org/Possibilites-d-enregistrement-de-la-naissance> dernière visite le 12.10.2016.

665 *Ibid.*

666 *Ibid.*

possession, au contrôle requis pour la transcription de l'acte de naissance ou pour la déclaration de la naissance.

Il faut noter que pour la déclaration de naissance, qui se fait toujours en personne, un certificat d'accouchement est toujours requis[667]. Ce n'est pas le cas s'agissant d'une transcription d'un acte de naissance. La pratique révèle toutefois que, dans certains cas, un tel certificat a été demandé même pour des cas de transcription d'un acte de naissance[668]. La possibilité d'une variation des documents requis selon les autorités consulaires est également confirmée par les aussi par les informations fournies par le gouvernement français[669]. En outre, on a constaté que les autorités consulaires françaises aux États-Unis ont été plus exigeantes face aux Français ne résidant pas aux États-Unis. Elles vérifiaient ainsi, avant la transcription de l'acte de naissance, que la femme mentionnée dans l'acte de naissance est bien la femme ayant porté l'enfant. Il n'est toutefois pas certain que les autorités montraient toujours la même sévérité pour toutes les demandes de transcription des actes de naissance. Partant, une certaine incertitude a existé en ce qui concerne le contrôle effectué lors d'une demande de transcription d'un acte de naissance. En outre, les procédures instaurées ne permettent pas de vérifier si la femme mentionnée dans l'acte de naissance est bien celle ayant porté l'enfant[670]. Ceci étant, la marge du contrôle de l'acte étranger a pu varier en fonction des circonstances des affaires portées à la connaissance des autorités consulaires. Des incertitudes peuvent également être constatées quant aux conditions de régularité d'un acte d'état civil.

---

667 V. aussi les informations recueillies dans le site des autorités consulaires françaises à Los Angeles et à Washington respectivement, consultables sur :
<http://www.consulfrance-losangeles.org/spip.php?article2694> et <http://www.consulfrance-washington.org/spip.php?article827> dernière visite le 12.10.2016.

668 V. en ce sens civ. 1re, 17 décembre, n° 07-20.468, *Rev.crit DIP* 2009, pp. 320-331, note par LAGARDE Paul ; Des informations relatives aux procédures suivies devant les autorités consulaires nous ont également été fournies par l'Association C.L.A.R.A (Comité de soutien pour la Légalisation de la GPA (Gestation Pour Autrui) et l'Aide à la Reproduction Assistée).

669 Ainsi, on est informé que « *l'ambassade ou le consulat peut demander des documents supplémentaires selon le contexte* » pour la transcription d'un acte de naissance à l'étranger. L'information a été recueillie sur le site suivant : <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/services-aux-citoyens/etat-civil-et-nationalite-francaise/etat-civil/article/les-naissances-a-l-etranger > dernière visite le 12.10.2016.

670 Il ressort de la toute récente ordonnance du CE, 3 août 2016, no 401924, concernant une gestation pour autrui qui au lieu en Armenie, que les autorités consulaires n'ont pas toujours les moyens de constater de manière catégorique la survenance d'une gestation pour autrui.

b. Conditions de régularité des actes d'état civil établis à l'étranger et rôle de la règle de conflit.

Il convient tout d'abord de souligner que la transcription d'un acte d'état civil reste facultative[671]. Il faut, en outre, relever que le système de contrôle et les conditions de régularité des actes publics étrangers ne ressortent pas de manière intelligible du droit écrit ou de la jurisprudence[672]. L'article 5 du décret n° 2008-51 portant sur les attributions des autorités diplomatiques et consulaires françaises en matière d'état civil prévoit que :

> « *Dans les conditions prévues par les premier et troisième alinéas de l'article 7 du décret du 3 août 1962 susvisé,* [les agents] *transcrivent les actes concernant les Français, établis par les autorités locales lorsqu'ils sont conformes aux dispositions de l'article 47 et sous réserve qu'ils ne soient pas contraires à l'ordre public* ».

L'article 47 du Code civil prévoit que :

> « *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* ».

Le contrôle implique une légalisation du document[673]. Du reste les autorités consulaires effectuent un contrôle de la forme des documents produits ainsi que de l'authenticité des

---

671 V. n° 509 de l'Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, *Journal Officiel* n° 172 du 28 juillet 1999 : « *509 En l'absence de texte prévoyant l'obligation de transcription, les officiers de l'état civil et les administrations ne peuvent exiger des Français dont les actes de l'état civil ont été dressés par des autorités étrangères qu'ils fassent procéder à la transcription de ces actes sur les registres consulaires français ; en effet, en application de l'*article *47 du Code civil, la copie d'un acte de l'état civil étranger, traduite, et légalisée (voir nos 586-1 et s.) fait foi en France au même titre qu'une copie d'acte délivrée par une autorité française.*
C'est pourquoi, la transcription est le plus souvent facultative et effectuée à la requête du ou des ressortissant(s) français. …
Aucun délai n'a été fixé pour solliciter la transcription consulaire ; celle-ci peut donc intervenir plusieurs années après l'établissement de l'acte par les autorités étrangères (Civ. 1re 9 décembre 1963, Bull. civ. 1963 no 542)…».

672 CUNIBERTI Gilles, note sous Paris, 25 octobre 2007, n° 06/00507, Juris-Data n° 2007-344059, *JDI* 2008, pp. 145-153, spéc. p. 150 ; en Belgique également bien que les dispositions portant sur les conditions de reconnaissance des actes authentiques étrangers soient plus intelligibles, des incertitudes persistent : v. HENRICOT Caroline, « BELGIQUE: La gestation pour autrui en droit international privé », *op.cit.*, pp. 53-55 : dans la jurisprudence relative à la gestation pour autrui, on observe que même si la mention d'une femme dans un acte de naissance est censée être une constatation de fait selon le droit belge, le tribunal d'Anvers, dans un cas, ne s'est pas limité au contrôle prévu par l'article 28 du Code belge de droit international privé mais a effectué également un contrôle de la loi applicable au lien de filiation maternel.

673 Civ. 1re, 14 novembre 2007, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 298, note REVILLARD Mariel ; Civ. 1re, 4 juin 2009, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 500, note LAGARDE Paul. Il faut toutefois noter que dans un grand nombre des cas la légalisation ne sera pas nécessaire grâce à la Convention de La du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, comptant 112 États contractants.

signatures[674]. Ainsi, si les conditions prévues dans l'article 47 sont réunies, la valeur probante des actes d'état civil, établis à l'étranger conformément aux règles locales, est présumée[675]. Toutefois, un problème de compréhension de l'article 47 résulte du fait qu'il ne fournit pas les critères nécessaires pour déterminer quel document peut être qualifié d'acte d'état civil ce qui oblige à chercher la réponse dans la jurisprudence[676]. Les difficultés de circulation d'actes d'état civil ressortent clairement, si l'on porte notre regard sur l'Instruction générale relative à l'état civil.

L'Instruction générale relative à l'état civil, élaboré en 1955 et mise à jour périodiquement depuis, « *a regroupé en un seul document les multiples dispositions législatives et réglementaires, circulaires et décisions jurisprudentielles antérieures relatives à l'état civil* »[677]. Cette instruction aide à mieux comprendre la pratique de transcription des actes d'état civil en précisant que : « 507. *Aux termes de l'alinéa 1er de l'article 7 du décret no 62-921 du 3 août 1962 modifié : « Les actes de l'état civil dressés en pays étranger qui concernent des Français sont transcrits soit d'office, soit sur la demande des intéressés, sur les registres de l'état civil …. » …Elle suppose la traduction de l'acte étranger (voir nos 106 et 586-1) et sa légalisation (voir nos 587 et s.). Toutefois, « seules sont transcrites les indications qui doivent être portées dans les actes de l'état civil français correspondant » (voir art. 7, al. 2, décret no 62-921 précité)* ».

Il en ressort que l'officier de l'état civil doit en principe procéder à la transcription de l'acte d'état civil. Selon l'Instruction générale relative à l'état civil : « *510 L'officier de l'état civil consulaire ne peut en principe refuser son concours. Néanmoins, il serait fondé à le faire : si l'acte étranger n'existe pas réellement ou ne remplit pas les conditions définies à l'article 47 du Code civil ; si les éléments en sa possession permettent d'établir indubitablement la fausseté de l'acte ; si la transcription de l'acte étranger tel qu'il se présente est contraire au droit français (exemple : acte de*

---

[674] Pour plus de détails quant à ce contrôle de forme v. en détail les nos : 486 et *seq* de l'IGEC ; V. aussi pour le contrôle de la régularité formelle des actes de l'état civil étrangers BIDAUD-GARON Chr., *L'état civil en droit international privé*, thèse de doctorat (préparée sous la dir. de FULCHIRON Hugues), Université Jean Moulin–Lyon 3, présentée et soutenue publiquement le 9 décembre 2005, pp. 337 et *seq.*, n° 417 et *seq.* ; GUYON-RENARD Isabelle, « La fraude en matière d'état civil dans les États-membres de la CIEC », p. 13 ; édition actualisée en 2000 de l'étude parue dans la *Rev.crit D.I.P.* 1996, pp. 541-571 consultable sur : <http://www.ciec1.org> dernière visite 12.10.2016.

[675] BIDAUD-GARON Christine, « La valeur probante des actes de l'état civil : atteinte à la souveraineté de l'État ou protection de l'état », in *L'état civil au XXIème siècle : déclin ou renaissance ? Colloque organisé à Strasbourg pour marquer les 60 ans d'existence de la CIEC*, 13-14 mars 2009, p. 3, article consultable sur : <http://www.ciec1.org> dernière visite le 12.10.2016.

[676] BIDAUD-GARON Christine, « La valeur probante des actes de l'état civil… », *ibid.*

[677] V. Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Annexe), consultable sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000647915> dernière visite le 12.10.2016.

naissance établi par les autorités étrangères suite à un jugement étranger d'adoption rendu au profit de parents français). ….»[678].

Il ressort que le contrôle exercé par les autorités consulaires vise principalement à s'assurer que l'acte de l'état civil établi en pays étranger a une valeur probante par rapport à l'événement qui est relaté dans celui-ci. Le droit français n'impose pas à l'officier de l'état civil de vérifier de manière systématique l'existence en droit d'un lien de filiation pour transcrire un acte d'état civil établi à l'étranger[679]. Cependant, en cas de doute par rapport au lien de filiation, les autorités consulaires ont la possibilité de poser une question au Procureur de la République de Nantes. C'est lui qui tranchera la question dans un tel cas. La pratique et la jurisprudence révèlent que des problèmes de conflit de lois ne se présentent pas fréquemment au moment de la transcription d'un acte de naissance. Il n'est toutefois pas possible d'exclure qu'un officier de l'état civil refuse la transcription d'un acte de naissance au motif que cette filiation n'existe pas d'après le droit désigné applicable par les règles de conflit françaises. Néanmoins, le problème lié à la transcription des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation et constatés dans un acte d'état civil ne réside pas dans un raisonnement mené selon les règles de conflit en matière de filiation. D'autres observations permettent également de constater que l'examen de la règle de conflit n'est pas une condition pertinente au moment de la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger.

Dans la mesure où l'officier de l'état civil enregistre seulement des faits et son appréciation n'a qu'une valeur relative par rapport à la détermination de l'existence d'un lien de filiation, poser la question du droit applicable au moment de la transcription d'un acte de naissance est superflu. Lorsqu'il dresse un acte d'état civil ou qu'il transcrit un acte d'état civil établi à l'étranger, il ne fait que vérifier si le fait est bien survenu, par

---

678 Il n'est pas clair s'il faut, par *transcription contraire au droit français*, entendre seulement le droit matériel français ou les règles de droit international privé français également. En l'absence de précision, on ne peut pas exclure les règles de conflit qui font partie du droit français ; v. SAARLOOS Kees Jan*, European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage,* Maastricht University, July 2010, p. 245, qui suggère qu'un tel contrôle du droit applicable est nécessaire lorsqu'il s'agit de la mention d'un acte étranger sur un acte dressé en France; Pour les conditions de mention des actes dressés à l'étranger en France v. n° 224 de l'IGEC.

679 Un autre document qui contribue à la compréhension de la pratique des officiers de l'état civil est le Guide pratique de l'état civil. Le Guide pratique est un manuel destiné aux praticiens de l'état civil qui a été préparé par la Commission Internationale de l'État Civil et publié par Berger-Levrault. V. La version actualisée des réponses françaises du 1er avril 2005 dans le site de la Commission internationale de l'état civil : <http://www.ciec1.org> dernière visite le 12.10.2016. Selon le guide « *2.3.3… Les actes dressés à l'étranger concernant des Français sont transcrits –à la demande des intéressés, ou d'office dans l'intérêt de l'ordre public français– s'ils ne contreviennent pas aux règles de fond de la législation française. La transcription des actes étrangers n'est en principe obligatoire que lorsque l'ordre public l'exige (art. 507 et s. IGEC)… L'acte transcrit a la même valeur que l'acte dressé en France. (n° 507s de l'IGEC ; art. 7 du décret n° 62-921 du 3-8-1962 ; n° 486s de l'IGEC)* ». V. aussi QUIDELLEUR Marguerite, GUARINOS Martial, *Guide pratique de l'état civil 2016*, 14ème éd., Berger-Levrault, 2016, spéc. pp. 311-316.

exemple si l'homme a bien procédé à la reconnaissance de l'enfant ou si la femme a effectivement donné naissance à l'enfant. En transcrivant un acte de naissance, l'officier se doit par conséquent de vérifier que la teneur de l'acte étranger possède la même valeur que celle d'un acte français et que le document fournit des informations sur les mêmes faits que ceux relatés par les actes d'état civil français. Puisque l'ordre juridique français considère inutile d'instituer un contrôle préventif par rapport à l'existence juridique d'un lien de filiation chaque fois qu'un officier de l'état civil transcrit un acte de naissance étranger, il n'est pas non plus nécessaire de soulever la question de l'existence du lien de filiation entre la personne et l'enfant mentionnés dans l'acte d'état civil.

D'un côté, nous constatons donc que l'examen de la règle de conflit en matière de filiation ne constitue pas une condition nécessaire pour la transcription d'un acte de naissance. D'un autre côté, la jurisprudence démontre que la régularité d'une décision consacrant un lien de filiation constaté dans un acte d'état civil est bien nécessaire lorsque l'acte est indissociable du jugement[680]. Il n'en reste pas moins que garantir la mise en œuvre du contrôle de régularité d'une telle décision est ardu. En effet, les personnes qui souhaitent procéder à une transcription, ne sont pas obligées de produire la décision ayant éventuellement consacré la filiation mentionnée dans l'acte d'état civil. Il faut ajouter, en premier, que les actes de naissance établis à la suite d'une gestation pour autrui ne portent aucune mention de la méthode de procréation empruntée ou de la décision ayant consacré les liens de filiation et, ensuite que dans certains pays l'acte de naissance est dressé à la suite d'une gestation pour autrui sans qu'une décision judiciaire soit nécessaire. Les officiers de l'état civil s'informeront donc de la méthode de procréation utilisée uniquement en cas de soupçon.

En toute hypothèse, la substance du lien de filiation relaté dans un acte de naissance est examinée lors du contrôle de la régularité d'un jugement consacrant un tel lien de filiation. Cet examen peut intervenir lors d'une demande de transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger, même en l'absence d'une décision. S'il n'existe pas de jugement ayant servi de support pour l'acte, deux conditions supplémentaires –au-delà du contrôle de forme– sont examinées avant de procéder à la transcription d'un acte d'état civil établi à l'étranger. La première est la conformité de la transcription de l'acte d'état

[680] Civ. 1re, 18 juillet 2000, *Époux Wallon c. Ministère public, Rev. crit. DIP* 2001, pp. 349-354, note MUIR WATT Horatia ; Paris (Pôle 1, ch. 1), 18 mars 2010, *D.* 2010, pp. 1683-1687, note DE GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud ; Civ. 1re, 6 avril 2011, *Époux Mennesson c. Ministère public* ; *Rev. crit. DIP* 2011, pp. 722-744, note HAMMJE Petra.

civil à l'ordre public international[681]. L'ordre public international a en effet été la raison principale de refus de transcription des actes de naissance issus d'une gestation pour autrui même s'il n'en était pas la seule explication plausible[682]. La seconde condition à remplir, également susceptible d'empêcher la transcription de l'acte d'état civil, est l'absence de fraude à la loi[683].

Il nous incombe donc d'examiner les arguments invoqués par les autorités françaises dans le but de refuser ou d'annuler la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger.

2. Contentieux relatif à la transcription d'un acte de naissance

Le droit français a, depuis un certain temps, interdit explicitement le recours à la gestation pour autrui. Les articles 16-7 et 16-9[684] du Code civil ont confirmé un choix de politique jurisprudentielle[685] en interdisant explicitement les conventions portant sur la gestation pour autrui, indépendamment de leur caractère plus ou moins onéreux. L'interdiction concerne toute convention, quel que soit le lien, génétique ou non, entre la

---

681 TGI Paris, 10 mai 1990, *L.B. c. R.*, *Rev. crit. DIP* 1991, pp. 391-400, note par MUIR WATT Horatia ; TGI Paris, 17 octobre 1991 ; *Rev. crit. DIP* 1992, pp. 508-511, note par MUIR WATT Horatia ; MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent, *Droit international privé* , 10 éd. 2010, n° 471, p. 353 ; PAMBOUKIS Charalambos., *L'acte public étranger en droit international privé*, (préf. P. Lagarde), L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 275-277, n° 414, p. 278, n°417, pp. 289-290, n° 433-434 CALLÉ Pierre., *L'acte public en droit international* privé, (préf. P. Mayer), ECONOMICA, Paris, 2004, n° 494, pp. 254-256 ; qui raisonne, pour autant, à partir des actes publics décisionnels ; BIDAUD-GARON Christine., *L'état civil en droit international privé*, thèse de doctorat (préparée sous la dir. de FULCHIRON Hugues), Université Jean Moulin –Lyon 3, présentée et soutenue publiquement le 9 décembre 2005, pp. 361-362, n°448 ; LAGARDE Paul, « La gestation pour autrui : Problèmes de droit interne et de droit international privé », *RHDI* 2009, pp. 511-520, spéc. p. 517 ; CUNIBERTI Gilles, note sous CA Paris, 25 octobre 2007, n° 06/00507, Ministère public, Juris-Data n° 2007-344059, *JDI* 2008, pp. 145-153, spéc. p. 150 ; SAARLOOS Kees Jan*, European private international law on legal parentage ? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage,* Maastricht University, July 2010, pp. 244-245.

682 V. *infra*, ANCEL Bertrand, « L'épreuve de vérité, propos de surface… », *op.cit.*, *infra.*

683 MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent, *Droit international privé* , 10 éd. 2010, n° 470, p. 352 ; PAMBOUKIS Charalambos, *L'acte public étranger en droit international privé*, (préf. P. Lagarde), L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 287-289, n°429-431 ; CALLÉ Pierre, *L'acte public en droit international* privé, (préf. P. Mayer), ECONOMICA, Paris, 2004, n° 491, p.253 ; CUNIBERTI Gilles, note sous CA Paris, 25 octobre 2007, n° 06/00507, Ministère public, Juris-Data n° 2007-344059, *JDI* 2008, pp. 145-153, spéc. p. 150.

684Article 16-7 du Code civil : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.* » ; Article 16-9 du Code civil : « *Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ».Créés par Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, art. 1 et 3 JORF 30 juillet 1994.

685 CANIVET Guy, MOLFESSIS Nicolas, « La politique jurisprudentielle », conférence prononcée par Nicolas Molfessis à la Cour de cassation, depuis lors enrichie des discussions menées avec G. Canivet ainsi que des réflexions conduites par celui-ci sur le rôle et le fonctionnement de la Cour de cassation, consultable sur :
<http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/publications_2201/guy_canivet_9803.html> dernière visite le 12.10.16. La décision qui a posé les jalons de l'interdiction de la gestation pour autrui était l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1989, *JCP* 1990, II, 21526, note SÉRIAUX; obs. AUBERT Jean-Luc, *D.* 1991, somm. p. 318 ; Jur., p. 273, MASSIP Jacques ; *RTD civ.* 1990, p. 254, obs. RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline.

mère porteuse et l'enfant. Toutefois, l'établissement de la filiation avec la mère d'intention n'a pas été exclu explicitement dans l'article 16-7 C. civ. interdisant la gestation pour autrui. C'est la jurisprudence qui a exclu l'établissement de ce lien de filiation[686]. Toute une série de jugements a repris l'argumentation développée dans l'arrêt de principe du 31 mai 1991 afin d'exclure le lien de filiation avec la mère d'intention. Le refus de prononcer une adoption en France[687], de permettre à la reconnaissance[688] et à la possession d'état[689] de développer leurs effets en France et de transcrire un acte de naissance valablement établi à l'étranger a été justifié sur la base du principe de l'indisponibilité du corps humain et du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Cette même argumentation a été également reprise dans le contentieux relatif à la transcription des actes d'état civil. L'invocation de cette argumentation occupe toujours une place centrale dans les litiges relatifs aux liens de filiations créés à la suite d'une gestation pour autrui. C'est pourquoi nous tenterons maintenant de démontrer les limites de l'invocation des principes d'indisponibilité du corps et de l'état des personnes dans les cas de gestation pour autrui entièrement internes à la France (b). Nous expliquerons aussi pourquoi, dans une affaire comportant des éléments d'extranéité, des raisons supplémentaires affaiblissent les arguments au soutien du refus de reconnaissance d'une filiation. Nous démontrerons ainsi que l'application d'une loi étrangère ou la reconnaissance d'un jugement étranger établissant un lien de filiation ne devraient pas, dans la grande majorité des cas, être considérés comme contraires à l'ordre public international (c). Avant ces appréciations critiques, nous présenterons le contentieux relatif à la transcription d'un acte d'état civil et ses particularités afin de faire apparaître l'ambigüité du système de transcription des actes de naissance établis à l'étranger (a).

---

686 En ce sens aussi LABBÉE Xavier note sous TGI de Lille, 22 mars 2007, *D.* 2007, pp. 1251-1255, spéc. p. 1253.

687 En premier, il y a eu une décision permettant l'adoption né d'une gestation pour autrui : TGI, Aix-en-Provence, 5 décembre 1984, 2ème esp., *JCP* 1986 II.20561, 2e esp., note BOULANGER François. En l'espèce les juges ont prononcé au profit de la femme stérile l'adoption simple de l'enfant porté par la sœur de la mère d'intention ; après cette décision, l'assemblée plénière de la Cour de cassation est intervenue dans son arrêt du 31 mai 1991 ; civ., 31 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, pp. 711-731, note LABRUSSE-RIOU Catherine ; civ. 1re, 29 juin 1994, *D.* 1994, pp. 581-582, note CHARTIER Yves ; V. aussi civ. 1re, 9 décembre 2003, *D.* 2004, pp. 1998-2002, spéc. p. 2001, note POISSON-DROCOURT Elisabeth.

688 Rennes, 4 juillet 2002, *D.* 2002, pp. 2902-2904, note GRANET Frédérique ; *Dr. fam.* 2002. comm. 142, obs. MURAT Pierre.

689 TGI Lille, 22 mars 2007, *D.* 2007, pp. 1251-1255, note LABBÉE Xavier ; en l'espèce, le couple a pu obtenir un certificat de notoriété mais il n'a pas pu le faire transcrire. Le tribunal a justifié le refus des autorités au motif que le couple était conscient du caractère illicite de ses actes. Ceux-ci constituaient un comportement frauduleux et par conséquent la possession d'état et l'acte de notoriété étaient viciés, ce qui excluait leur invocation selon l'article 311-2 C.civ. V. aussi l'arrêt de la Cour de cassation Cass., 1re civ., 6 avril 2011, no 09-17.130 (n° 371 FP-P+B+R+I) – Décision attaquée : CA Douai (ch. 1), 14 sept. 2009 (Rejet) ; BERTHIAU Dominique, BRUNET Laurence, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D* 2011, pp. 1522- 1529. Civ., 1re, 6 avril 2011, no 09-17.130 ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722-742, note HAMMJE Petra.

a. Présentation du contentieux

i. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007

Le contentieux relatif à la transcription d'un acte de naissance prend toute son ampleur avec l'affaire du couple *Mennesson*[690]. Dominique et Sylvie Mennesson ne pouvaient pas avoir d'enfants en raison d'une maladie congénitale de l'épouse. Grâce à des contacts entretenus aux États-Unis pour des raisons professionnelles, le couple s'est informé sur la possibilité d'avoir recours à une gestation pour autrui en Californie. Par le biais d'une agence spécialisée, ils ont trouvé une femme qui porterait l'embryon conçu. Le transfert des gamètes fertilisés, génétiquement liés au père, a eu lieu le 20 février 2000. Les juridictions californiennes ont été saisies avant la naissance de l'enfant. Le 14 juillet 2000, la Cour suprême de Californie a conféré au couple Mennesson la qualité de parents du ou des enfants qui seraient mis au monde entre le 15 août et le 15 décembre. Conformément à cette décision, et à la suite de la naissance de deux filles le 25 octobre 2000, des actes de naissance ont été dressés désignant le couple en tant que parents. Il faut noter que les actes ne portaient aucune mention du processus de gestation pour autrui[691].

Les deux enfants ont obtenu la nationalité et un passeport américains. Le consulat français à Los Angeles a cependant refusé la transcription des actes de naissance établis, au motif que « *plusieurs éléments laissent penser qu'il peut s'agir d'un cas de mère porteuse* ».

---

690 La première affaire qui, à notre connaissance, a impliqué une transcription des actes de naissance établis à l'étranger a été celle ayant conduit à l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 4 juillet 2002. En l'espèce, une gestation pour autrui a eu lieu en Californie et des actes de naissance ont été établis à l'étranger. Par la suite, le couple a procédé le 4 septembre 1996 à la reconnaissance des enfants à Courbevoie (Hauts-de-Seine) en France. Le consulat général de France à San Francisco a procédé le 12 mai 1997 à la transcription des actes de naissance avec mention de reconnaissance, tout en informant les intéressés que, selon le procureur de la République de Nantes, ceux-ci ne pourraient pas être exploités. À la suite de ces événements, le procureur de la République de Nantes a, d'une part, fait assigner Isabelle D… et Emmanuelle G dans le but d'annuler la reconnaissance souscrite le 4 septembre 1996 ; il a d'autre part ordonné la rectification des actes de naissance des enfants par rapport aux énonciations relatives à Isabelle Nathalie D. en sa qualité de mère. Le TGI de Nantes a fait droit à cette demande et le couple des parents d'intention interjeta appel. L'appel a été rejeté pour violation des principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état et pour détournement des règles de la filiation maternelle. En conséquence, le couple impliqué dans la décision du tribunal de grande instance de Nantes s'est vu refuser la transcription des actes de naissance établis à l'étranger. *D.* 2002, pp. 2902-2904, note par GRANET Frédérique ; *Dr.fam.* 2002. comm. 142, obs. MURAT Pierre ; cela a poussé le couple de chercher une autre voie, celle de la possession d'état, également rejeté : TGI Lille, 22 mars 2007, *D.* 2007, pp. 1251-1255, note LABBÉE Xavier.

691 DE GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, note sous Paris, 25 octobre 2007, *Gaz. pal.*, nos 27-29,128ème année, 27-29 janvier 2008, pp. 20-28, spéc. p. 22 ; BRUNET Laurence, « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français : commentaire de CA Paris, 1re chambre, section C, 25 octobre 2007 », *Revue générale de droit médical*, juin 2008, pp. 155-186.

Au-delà des difficultés sur le plan civil, le couple s'est vu de surcroît confronté à des poursuites pénales une fois rentré en France, poursuites qui n'ont toutefois pas abouti[692].

Sur le plan civil, le Parquet a initié une procédure afin d'exclure tout effet aux actes de naissance établis en Californie. Plus précisément, le procureur de la République de Nantes a assuré la transcription des actes de naissance au Service central de l'état civil dans le but de poursuivre, ultérieurement, leur annulation[693]. Afin de fonder sa requête, le parquet a choisi de raisonner en termes d'annulation de l'acte instrumentaire plutôt que de contestation d'état, convaincu du fait que le régime antérieur à l'ordonnance du 4 juillet 2005 ne lui reconnaissait pas la qualité d'agir[694]. Ainsi, il affirmait explicitement, d'une part, que son action visait uniquement les actes instrumentaires et, d'autre part, qu'il ne voulait pas s'attaquer aux liens de filiation. L'action du ministère public a été rejetée en première instance.

La Cour d'appel a été sollicitée par le parquet. Elle s'est vue confrontée à la double ambiguïté de l'argumentation du ministère public et du régime du contrôle de transcription des actes d'état civil. Face à ces difficultés, la première question a été relative à la qualité du ministère public à agir en annulation de l'acte de transcription. La question portait sur l'article 423 du Code de procédure civile et son aptitude à lui conférer la possibilité d'agir en vue de demander la nullité des actes transcrits. Le doute sur la nature de l'action du ministère public a persisté. Il lui a été reproché que son action constituait une contestation d'état, car son argumentation était inextricablement liée à la question de la filiation et que les conséquences de cette action s'apparentaient à celles d'une contestation d'état. Les articles 422, 423 NCPC[695], conjointement lus avec les articles 161 et s. de l'Instruction générale de l'état civil, permettaient cependant d'intenter une action dissociable de celle de la contestation d'état. Ainsi, la Cour d'appel a admis

---

692 Le procureur de la République de Créteil « après une minutieuse enquête de police, délivrait le 17 mai 2001, contre X, D.M. et S.P., épouse M, un réquisitoire introductif visant les articles 227-12, al. 3 et 227-13 du Code pénal pour « entremise en vue de gestation pour le compte d'autrui » et « simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants ». Le 10 décembre 2001, le juge d'instruction entendait les époux Mennesson en qualité de témoins assistés. Ils firent valoir qu'aucun élément constitutif des infractions visées dans le réquisitoire n'était caractérisé en territoire français ; par ailleurs, il ne pouvait être question de simulation, faute d'atteinte portée à l'état civil des enfants. M. et Mme Mennesson furent pourtant mis en examen le 18 août 2003 pour « *tentative de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants, le 8 novembre 2000 à Los Angeles* ». Toutefois, le 30 septembre 2004, ils obtenaient une ordonnance de non-lieu, conforme aux dernières réquisitions du parquet : « attendu que les faits (…) ne constituent pas des délits punissables sur le territoire national » : v. *D.* 2005, pp. 476-481, note DEPADT-SEBAG Valérie.

693 Pour cette possibilité v. n° 511 de l'Instruction générale relative à l'état civil qui dispose qu' « *il y a lieu à transcription d'office lorsque l'ordre public est intéressé* (…) *notamment en cas de nécessité* (…) *d'annuler en France un acte de l'état civil dressé à l'étranger dans les formes locales* ».

694 Rennes, 4 juillet 2002, *D.* 2002, pp. 2902-2904, note par GRANET Frédérique ; *Dr. fam.* 2002, n° 142, note MURAT Pierre.

695 Article 422 NCPC : «*Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi* », Article 423 NCPC : « *En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* ».

l'argumentation du ministère public sur le fondement de son action, malgré les allégations des défendeurs qui dénonçaient la dissimulation d'une contestation d'état. Il incombait par la suite à la Cour de déterminer la teneur du contrôle exercé lors d'une action visant à l'annulation de l'acte instrumentaire. La Cour d'appel expliquait que le ministère public pouvait, selon les dispositions de l'Instruction générale relative à l'état civil[696], et si l'ordre public est en jeu, demander la nullité des actes juridiques et instrumentaires « *lorsque les énonciations essentielles de l'acte sont fausses ou sans objet, bien que l'acte lui-même soit régulier en la forme...* »[697]. Ensuite, elle a confirmé que les énonciations des actes transcrits « *sont exactes au regard des termes du jugement étranger du 14 juillet 2000 qui a dit que Dominique Mennesson est le père génétique et Sylvie Mennesson la mère légale de tout enfant devant naître de M.F…* ». Les juges ne se sont pas contentés de noter que les actes transcrits étaient exacts eu égard au jugement pour débouter le ministère public, ce qui aurait été suffisant. Ils ont mis en exergue le fait que le ministère public n'a contesté « *ni l'opposabilité en France du jugement américain ni la foi à accorder au sens de l'article 47 du Code civil, aux actes dressés en Californie dans les formes usitées dans cet État* », pour conclure que le ministère public « *est irrecevable au regard de l'ordre public international à solliciter l'annulation des actes transcrits* »[698]. De surcroît, la Cour d'appel invoquait un argument de fond, en énonçant : « *qu'au demeurant, la non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient privés d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique* ». Cette argumentation n'a pas convaincu le ministère public qui a formé un pourvoi conduisant à l'arrêt du 17 décembre 2008.

ii. L'arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008

Le parquet avait reproché à la Cour d'appel d'avoir violé l'article 423 du code de procédure civile, de même que les articles 16-7 et 16-9 du Code civil, du fait que sa décision était fondée au regard du droit international et de l'ordre public international

[696] N° 161 de l'Instruction Générale de l'état civil.
[697] Des exemples d'actes qui pourraient être annulés, sont fournis par l'article 168 de l'Instruction Générale de l'état civil qui parle d'un « *acte constatant une naissance imaginaire* » ou « *constatant le décès d'une personne vivante* …, » ou encore de « *l'acte de reconnaissance d'une personne lorsque la reconnaissance est judiciairement annulée, etc*».
[698] V. toutefois l'interprétation différente de DE GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, note sous Paris, 25 octobre 2007, *op.cit.*, p. 25, qui semble penser que l'invocation de l'ordre public international n'avait pas de place en l'espèce. Selon lui, seul l'ordre public interne était ici en cause. M. AUDIT relève à propos de cette affaire que « *l'argument de l'ordre public était maladroitement présenté* » : AUDIT Bernard, *Droit international privé*, 5ème éd., Economica, Paris, 2008, p. 268, n°312, note 6.

tandis que l'action du ministère public reposait par essence sur le droit interne[699]. Ceci permettait en effet au ministère public d'agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui y portent atteinte tels que la violation du principe de prohibition de la gestation pour le compte d'autrui. En particulier, le parquet avançait le fait qu'il avait invoqué la défense de l'ordre public interne sur le fondement des articles 16-7 et 16-9 du Code civil en reposant sur le caractère d'ordre public de la nullité des conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt[700]en répondant ainsi par l'affirmative à la question de la recevabilité de l'action en nullité exercée par le ministère sur le fondement de l'article 423 du Code de Procédure civile. La portée de l'arrêt restait limitée à la question de la recevabilité[701]. La question de fond concernant la contrariété à l'ordre public interne ou international restait entière.

La Cour d'appel de Paris saisie d'une autre affaire s'est ralliée à cette jurisprudence de la Cour de cassation le 26 février 2009 en prononçant l'annulation de la transcription d'actes de naissance américains établis à la suite d'une gestation pour autrui. Les circonstances dans ce cas étaient différentes[702] de celles de l'affaire *Mennesson* mais le résultat est identique[703]. En l'espèce, la Cour s'était préoccupée essentiellement de savoir si les jugements américains à l'origine des actes de naissance doivent être reconnus et s'était focalisée sur la question de la contrariété à l'ordre public international. En invoquant le caractère des articles 16-7 et 16-9 du Code civil en tant que dispositions

699 D'AVOUT Louis, « Mères porteuses : analyse de droit international privé », note sous Cass. 1re civ. , 17 déc. 2008, n° 07-20.468, JurisData n° 2008-046272, *JCP* 2009, 10021, pp. 39-41.

700 La seconde branche du moyen, reposant sur l'article 4 du Code de procédure civile, reprochait à la Cour d'appel un défaut de réponse à conclusions.

701 Hypothèse confirmée par le communiqué de presse de la Cour de cassation dans lequel il est précisé que : « *Cette décision est cassée par la première chambre civile de la Cour de cassation qui, sans se prononcer sur le fond du dossier, rappelle que le ministère public a un intérêt à agir dès lors que les mentions inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, en violation de l'*article *16-7 du Code civil.* » consulté sur :
<http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_12031.html>
dernière visite le 12.10.2016 ; En ce sens v. aussi BRUNET Laurence, note sous Cour de cassation, 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *D.* 2009, pp. 340-344, spéc. p. 341.

702 En l'espèce, un couple de Français s'était rendu aux Etats-Unis et plus précisément à Minnesota. Le processus de procréation était couronné de succès et un enfant était né. Deux jugements ont été rendus après la naissance en juin 2001, le premier constatant la validité de l'abandon par la mère porteuse de ses droits sur l'enfant et le deuxième autorisant l'adoption de l'enfant par le couple. Un certificat de naissance a été dressé par les autorités de Minnesota conformément aux deux jugements.

703 MIRCOVIC Aude, « La transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse américaine sur les registres de l'état civil français doit être annulée », note sous Paris, 26 février 2009, *JCP*, ed. G. 2009, pp. 17-19 ; CUNIBERTI Gilles, « French Court Denies Recognition to American Surrogacy Judgement », le 30 juin 2009 dans : <http://conflictoflaws.net/2009/french-court-denies-recognition-to-american-surrogacy-judgement/> dernière visite le 12.10.2016.

internationalement impératives, elle a retenu la contrariété des décisions américaines. En outre, l'article 8 de la CEDH était écarté comme non pertinent.

Par ailleurs, cet arrêt démontre qu'un acte de naissance est indissociable de la décision qui en constitue le soutien et son efficacité doit être vérifiée pour décider si un acte d'état civil établi à l'étranger doit être transcrit ou si une transcription doit être annulée. Cette position a été confirmée ultérieurement par le jugement du 18 mars 2010 de la Cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi après la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007 ainsi que par les arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011.

La Cour d'appel de Paris décidait, le 18 mars 2010[704], l'annulation des actes de naissance américains dressés en faveur du couple *Mennesson*. La Cour a invoqué l'interdiction de l'article 16-7 du Code civil à l'appui de la contrariété de la décision étrangère à l'ordre public tout en rejetant l'argument de violation des conventions internationales et de méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, la contrariété de la décision étrangère à l'ordre public international a conduit à l'annulation de la transcription des actes de naissance établis à l'étranger.

iii. Les arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011

Un pourvoi a été formé contre les arrêts de la Cour d'appel de Paris du 18 mars 2010 et du 26 février 2009 et celui de la Cour d'appel de Douai du 14 septembre 2009[705]. La Cour de cassation a confirmé les arrêts des Cours d'appel en s'appuyant sur la contrariété de la décision constatant le lien de filiation à l'ordre public international. La contrariété s'expliquait par la violation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, considéré comme un principe essentiel du droit français. La Cour estimait en outre que le refus de transcription n'est en contradiction ni avec l'article 8 de la Convention

[704] Paris, 18 mars 2010, *D.* 2010, pp. 1683-1687, note DE GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud.

[705] Civ 1re, 6 avril 2011, no 10-19.053 ; Le même jour deux autres affaires ont été appréciées [Civ 1re civ., 6 avril 2011, no 09-66.486 - décision attaquée : Paris, 26 févr. 2009 (Rejet) et civ., 1re, 6 avril 2011, no 09-17.130 - Décision attaquée : Douai, 14 sept. 2009 (Rejet)]. Une affaire concernait le refus de transcription d'un acte de notoriété et le jeu de la possession d'état et l'autre portait également sur la transcription d'un acte de naissance dressé suite à une gestation pour autrui qui a eu lieu à Minessota. Sur ces arrêts v. *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722-742, note HAMMJE Petra ; BERTHIAU Dominique, BRUNET Laurence, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D* 2011, pp. 1522-1529 ; *id.* p. 1585, obs. GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, p. 1995 ; obs. GOUTTENOIRE Adeline, *AJ Fam. 2011*. p. 262, obs. CHÉNEDÉ François, p. 265, obs. HAFTEL Benoît, *D.* 2011, p. 1064, obs. LABÉE Xavier ; *JCP* 2011, pp. 734-736, note par VIALA François, REYNIER Mathieu ; *RTDciv.* 2011, p. 340, obs. HAUSER Jean ; *JCP N* 2011, pp. 28-29, note par FONGARO Éric ; NEIRINCK Claire, « La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui est né », *Dr. fam.* mai 2011, pp. 19-21.

européenne des droits de l'Homme, ni avec l'article 3 § 1 de la Convention de New York sur les droits des enfants.

Nous ne partageons pas les conclusions de la Cour de cassation sur la contrariété des jugements étrangers à l'ordre public international pour les raisons que nous développerons ci-dessous. Néanmoins, il convient, d'observer préalablement que la Cour de cassation par sa confirmation de l'indissociabilité[706] de la décision étrangère et de l'acte d'état civil, montre que le contrôle des actes d'état civil établis à l'étranger ne se limite pas aux questions de forme mais peut aussi s'étendre aux questions de fond, comme celle liée à l'existence d'une filiation établie à la suite d'une gestation pour autrui. Une certaine incohérence découlait du choix de la Cour de cassation de fonder son argumentation relative à l'annulation de la transcription des actes d'état civil sur l'efficacité du jugement étranger leur servant de support tout en affirmant que sa décision n'allait pas priver les enfants de la filiation établie à l'étranger[707]. C'est une des raisons pour lesquelles M. ANCEL avait suggéré que les juges se limitent à une argumentation propre à la nature de l'institution de l'état civil[708]. S'appuyer sur le fonctionnement de l'état civil afin de refuser la transcription d'un acte d'état civil établi pourrait être justifié même si on était amené à admettre que les jugements étrangers ne sont pas privés d'efficacité en France.

La violation du principe de véracité régissant la tenue des registres d'état civil français aurait été une justification plus cohérente pour le refus de la transcription des actes de naissance établis à l'étranger[709]. Monsieur ANCEL explique que « *le régime des actes de l'état civil est en France conçu pour assurer une représentation fidèle de la réalité captée par le droit* »[710]. L'article 47 du Code civil énonce que les actes d'état civil étrangers n'ont pas de

---

[706] Cette notion est apparue dans l'arrêt *Époux Wallon* du 18 juillet 2000 (Civ. 1re, 18 juillet 2000, *Époux Wallon*, *Rev. crit. DIP* 2001, pp. 349-354, note MUIR WATT Horatia), puis elle a été reprise dans le contentieux relatif à la transcription des actes de naissance issus suite à une gestation pour autrui : Paris, 26 février 2009, *JCP*, ed. G. 2009, pp. 17-19 ; note par MIRCOVIC Aude, « La transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse américaine sur les registres de l'état civil français doit être annulée » ; *D.* 2009, p. 1918, obs. GOUTTENOIRE Adeline ; *Dr fam.* 2009, comm. 75, obs. MURAT Pierre, *RTDciv* 2009, p. 519, note HAUSER Jean ; Paris, 18 mars 2010, *Mennesson*, *D.* 2010, p. 1683, note DE GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, et p. 1904, obs. GOUTTENOIRE Adeline, *JCP* 2010, II, p. 498, note MIRCOVIC Aude, *AJ fam.* 2010, p. 233, obs. CHÉNEDÉ François, *RTDciv* 2010, p. 317, obs. HAUSER Jean ; MURAT Pierre, « Gestation pour autrui : les palinodies de la cour d'appel de Paris », *Dr. fam.* juin 2009, comm. 75, pp. 27-29.

[707] En ce sens v. DE GEOUFFRE de La PRADELLE Géraud, note sous Paris (Pôle 1, ch. 1), 18 mars 2010, *D.* 2010, pp. 1683-1687, spéc. p. 1686. La contradiction résulte de manière apparente dans la motivation de la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 18 mars 2010 où elle énonce que : « …*l'action du ministère public ne vise pas à contester l'état des enfants* » et où elle affirme en même temps que celle-ci vise « *à écarter les effets en France de leur état civil établi aux États-Unis,*… ».

[708] ANCEL Bertrand, « L'épreuve de vérité, propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 1-9.

[709] ANCEL Bertrand, « L'épreuve de vérité, *op.cit.*, pp.1, 6-7.

[710] ANCEL Bertrand, « L'épreuve de vérité, …. », *op.cit.*, p. 4.

valeur probante lorsque « *les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». Cette disposition, comme le confirme la jurisprudence[711], démontre que le fonctionnement de l'institution de l'état civil doit respecter le principe de véracité. Certes, il s'agit d'une réalité comme elle est conçue par le droit français, pour lequel l'acte de naissance désigne comme mère la femme ayant porté l'enfant. Partant, transcrire les actes de naissance américains en France serait en quelque sorte déformer la réalité, puisque ceux-ci n'indiquent pas la femme ayant porté l'enfant. Il aurait donc suffi, selon la position de M. ANCEL, d'invoquer les articles 16-7 et 16-9 du Code civil prohibant les conventions de gestation pour autrui afin de justifier le refus de transcription. L'examen de l'efficacité des décisions étrangères n'aurait pas été nécessaire. Leur prise en considération aurait suffi à clarifier les faits en cause et la signification des actes étrangers[712]. Selon M. ANCEL, ce fondement au soutien du refus ou de l'annulation aurait été plus pertinent puisque la Cour, tout en refusant la transcription des actes d'état civil, affirme que les enfants mentionnés ne sont pas privés de leur filiation établie à l'étranger. Cette lecture semble plus apte à éviter les contradictions inhérentes à la motivation des décisions concernant la question de la transcription[713]. Cependant, même un tel argument fondé sur le principe de véracité ne convainc pas quant au bien-fondé du refus de transcription des actes de naissance.

Tout d'abord, des doutes peuvent être exprimés par rapport à la force du principe de véracité. Plusieurs éléments nous confortent en ce sens. En effet, nous avons pu constater l'existence des actes d'état civil dressés en Californie qui, à la suite d'une gestation pour autrui, n'ont fait l'objet d'aucun contrôle. Ensuite, les autorités françaises se sont rendues compte du fait que certains pays autorisaient la gestation pour autrui et

---

[711] Ce principe en matière d'adoption oblige à s'assurer que les actes d'état civil dressés expriment la réalité de la naissance de l'enfant pour que celui-ci puisse connaître ses origines : civ. 1re, 12 nov. 1986 deux arrêts ; *JDI* 1987, p. 322, note GAUDEMET-TALLON Hélène ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 557, note POISSON-DROCOURT ; *D.* 1987, note MASSIP J. ; Versailles, 14 mars 1984, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 329, spéc. p. 333, note SIMON-DEPITRE.

[712] ANCEL Bertrand, « L'épreuve de vérité, …. », *op.cit.*, p. 7 : Cela, pour autant, ne signifie pas pour l'auteur que l'irrégularité du jugement ne s'oppose pas à la transcription de l'acte de naissance étranger.

[713] Il ne paraît toutefois pas correct d'affirmer que le refus de la transcription des actes ou leur annulation à la suite d'une transcription faite dans ce but peuvent être justifiés par la différenciation des mentions incluses dans les actes de naissance californiens et les actes de naissance français, comme le suppose M. ANCEL (ANCEL Bertrand, « L'épreuve de vérité…*ibid*, spéc. p.4.). M. ANCEL explique que seules les informations énumérées dans les articles 34 et 55 s. du Code civil peuvent être consignées dans les registres français. L'instruction générale relative à l'état civil, dans son n° 207, et la circulaire du 25 octobre 2011[BOMJ, no 2011-11 du 30 nov. 2011, p.6] qui reprend les termes de l'article 7 al. 2 du décret confirment toutes deux que « *seules sont transcrites les indications qui doivent être portées dans les actes de l'état civil français correspondant* ». Cependant, l'étude de droits étrangers illustre que les actes de naissance établis en Californie mais aussi ceux établis en Grèce ne font pas de distinction entre lien génétique ou légal de la filiation maternelle et ne portent aucun indice relatif à une gestation pour autrui. V. notre annexe incluant des actes de naissance établis en Californie en faveur d'un couple d'hommes. V. aussi les articles 20 § 1 and 22 § 1 de la loi grecque n°344/1976 relative à l'état civil.

l'établissement d'une filiation avec les parents d'intention sans qu'une trace puisse en être discernée dans les actes d'état civil dressés. Malgré cela, il n'y a pas eu d'adaptation dans le droit relatif à l'état civil, ce qui aurait permis un contrôle systématique de la véracité des actes de naissance. En outre, les institutions de l'état civil ne différencient pas leur système de réception des actes en fonction du pays où ils sont établis. Il n'existe pas non plus de vérification systématique de l'équivalence des conceptions retenues par la réglementation de l'état civil d'autres pays. Le contentieux relatif à la gestation pour autrui révèle que ces différences de conceptions surgissent seulement de manière accidentelle. Enfin, postuler que les mécanismes de l'état civil qui permettent aux parents de se prévaloir de leurs liens de filiation, devraient uniquement le faire lorsque les actes d'état civil correspondent aux concepts empruntés par le pays de réception, rendrait la continuité des rapports personnels encore plus difficile. En conséquence, le principe de véracité n'est pas d'une force telle qu'il puisse justifier à lui seul le refus de transcription des actes de naissance dans les affaires examinées ci-dessus.

La valeur du principe de véracité en tant que motif permettant le refus de transcription doit être mesurée à l'aune des circonstances de l'affaire. En nous ralliant à la position de l'avocat général M. Domingo, exprimée lors de l'examen du pourvoi formé par le couple Menesson contre l'arrêt du 18 mars 2010, nous pensons que le refus de transcription gène de manière significative l'exercice du droit à une vie familiale, même s'il ne prive pas, en fin de compte, les enfants du lien de filiation maternelle. En outre, la transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger n'interdit pas aux intéressés ni au ministère public de contester la filiation puisque les circonstances de l'affaire sont connues bien que l'acte d'état civil ne porte aucune trace du processus d'assistance à la procréation. En parallèle, les difficultés de se prévaloir d'un acte d'état civil étranger ne correspondant pas à la conception française de l'état civil, d'une part, et l'inadaptation du droit français face à cette nouvelle réalité, d'autre part, font penser que la filiation maternelle ne peut pas être reconnue.

Les arguments qui précèdent démontrent que le principe de véracité seul n'est pas suffisant à justifier le refus de transcription, car il laisse en suspens la question de la filiation sans donner au couple une voie alternative afin d'obtenir une appréciation définitive de leur lien de filiation sur le plan judiciaire. Cette situation difficile est celle qui a poussé l'avocat général à parler de violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pour toutes ces raisons et pour d'autres que nous développerons, nous considérons le refus de transcription des actes de naissance comme injustifié. Même

si ce refus ne préjuge pas de manière absolue de la question de la filiation[714], l'issue de ce contentieux influence aussi la question de la reconnaissance d'un lien de filiation, puisque son argumentation de fond repose sur la contrariété du jugement étranger qui déclare parents les parents d'intention.

iv. Les arrêts de la Cour de cassation du 13 septembre 2013.

Dans le premier de deux arrêts[715] M. X., un homme de nationalité française, a eu recours à une gestation pour autrui à Bombay, en Inde. Avant la naissance des enfants, M. X., père génétique avait procédé à leur reconnaissance en France. La transcription des actes de naissance établis en Inde après la naissance des jumeaux a été sollicitée devant le Consulat français. La Cour d'appel de Rennes[716], confirmant la décision de première instance, a ordonné la transcription des actes de naissance eu égard à la régularité formelle des actes litigieux. Un pourvoi a été formé par le procureur général.

La question posée devant la Cour de cassation « *était celle de savoir si pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français l'acte d'état civil, établi en Inde, constatant la naissance dans ce pays d'un enfant dont le père est de nationalité française.* » La réponse était négative. Le refus s'expliquait par le fait que les actes étaient l'aboutissement d'un processus frauduleux « *comportant une convention de gestation pour autrui entre M. X. et Mme Y…* ».

On constate que, de la sorte, la Cour de cassation prive le père d'intention, en dépit de son lien génétique avec l'enfant, de la possibilité de se prévaloir d'une transcription des actes de naissance. Il n'en reste pas moins que, dans ce cas comme dans les cas précédents, la garde reste confiée au parent d'intention. Cette dernière

---

[714] L'arrêt de la Cour d'appel énonce : « *qu'en outre, l'absence de transcription n'a pas pour effet de priver les deux enfants de leur état civil américain et de remettre en cause le lien de filiation qui leur est reconnu à l'égard des époux M. par le droit californien* ». Cette conclusion est confirmée par la décision de la Cour de cassation après le pourvoi exercé contre cet arrêt en disant : « *qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux Mennesson en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale…* » : Civ. 1re, 6 avril 2011 : MONÉGER Françoise, PLUYETTE Gérard, « Exequatur et principes essentiels du droit français », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 447-457, spéc. pp. 451-452 ; BERTHIAU Dominique, BRUNET Laurence, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D* 2011, pp. 1522- 1529.

[715] Civ. 1re, 13 septembre 2013, *Le procureur général c. M.X.* ; MIRCOVIC Aude, « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », *JCP* 2013, pp. 1731-1733. V. Sur ces arrêts FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Dans les limbes du droit, À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D.* 2013, pp. 2349-2357 ; *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 909-915, note HAMMJE Petra ; PETIT Cécile, « Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », *D.* 2013, pp. 2377-2382 ; FABRE-MAGNAN Muriel, « Le refus de transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *D.* 2013, pp. 2384-2388.

[716] Rennes, 21 février 2012, n° 11/02758 : *JurisData* no 2012-002735 ; *JCP G* 2012, act. 353, obs. MARAIS Astrid ; *AJF* 2012, p. 226, obs ; SIFFREIN-BLANC Caroline ; *D.* 2012, p. 878, note MIRCOVIC Aude.

circonstance associée à la motivation faible et laconique à l'appui de l'arrêt suscite notre hésitation.

En l'espèce l'acte d'état civil n'a pas été établi conformément à une décision judiciaire. Par conséquent, il n'était pas question d'une vérification des conditions de régularité d'un jugement étranger. L'arrêt de la Cour a donc s'est donc appuyé principalement sur la fraude commise par M. X., sans pour autant clarifier les conditions du déclenchement de ce mécanisme. En l'absence d'un raisonnement clair quant au droit applicable, le recours à la fraude à la loi, conformément aux termes stricts du droit international privé est déplacé[717]. De plus, il ressort de cette affaire que l'examen du droit applicable à la filiation n'est pas considéré comme une condition nécessaire à la transcription d'un acte d'état civil établi à l'étranger.

Par ailleurs, il faut noter que, dans les cas de gestation pour autrui entièrement internes à l'ordre juridique français, les hommes impliqués ne se sont pas vus privés d'un acte d'état civil ou de leur lien de filiation à l'égard des enfants nés. Seule la mère s'était vue privée de tout lien de filiation[718]. On constate donc ici un traitement différencié des hommes qui ont eu recours à une gestation pour autrui en France et de ceux qui ont eu recours à l'étranger. Il est d'ailleurs impossible de parler de fraude à la loi par rapport aux dispositions du droit de la filiation, parce que le lien avec le père génétique n'a pas fait l'objet d'une contestation dans la jurisprudence française en matière de gestation pour autrui.

L'alternative serait donc de considérer que la fraude concerne les dispositions 16-7 et 16-9 du Code civil. Pour l'affirmer il faudrait établir concrètement leur champ d'application. Admettre qu'elles ont un effet extraterritorial s'appliquant aux Français indépendamment du pays où ils se trouvent, ne va pas de soi. De même, estimer qu'elles concernent les personnes ayant leur domicile ou leur résidence habituelle en France nécessiterait d'affirmer que cette condition était réunie en l'espèce. À défaut de précision écrite quant au champ d'application de ces dispositions, il faudrait revenir aux principes qui justifieraient une telle extraterritorialité. Cependant, comme nous l'avons constaté, les principes traditionnellement invoqués par les juridictions ne semblent pas avoir en

[717] Rappr. en ce sens FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Dans les limbes du droit, À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D* 2013, pp. 2349-2357, et spéc. pp. 2352-2353 ; *Contra* PETIT Cécile, « Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », *D.* 2013, pp. 2377-2382, spéc. p. 2380 ; FABRE-MAGNAN Muriel, « Le refus de transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *D.* 2013, pp. 2384-2388, spéc. p. 2386 ; v. Aussi pour la pertinence de cet argument dans le contentieux belge VERHELLEN Jinske, « Intercountry surrogacy: a comment on recent Belgian cases », *Nederland Internationaal Privaatrecht* 2011, pp. 657 -662, spéc. p. 661 ; les autorités belges n'ont toutefois pas conclu à l'existence d'une fraude.

[718] *Infra*, ce chapitre, section 1 §1B.2.b.i., p. 341.

l'espèce la même force que celle observée dans les affaires concernant le rattachement de l'enfant à la mère d'intention. La question du deuxième arrêt se différencie en partie du premier.

Les faits de la deuxième affaire[719] sont similaires à ceux de la première. L'homme ayant eu recours à la gestation pour autrui, génétiquement lié avec l'enfant, avait procédé à sa reconnaissance avant sa naissance. En l'espèce la Cour d'appel avait accepté la transcription et avait considéré valable la reconnaissance effectuée par le père. Un pourvoi a été formé par le procureur.

La Cour de cassation était sollicitée pour examiner la contestation faite par le ministère public de la reconnaissance -faite en France- de la paternité de l'enfant, avec lequel l'auteur de la reconnaissance était génétiquement lié. La Cour a admis cette possibilité, car, selon elle, il suffit pour fonder une action en contestation de la reconnaissance en vertu de l'article 336 du Code civil de prouver une fraude à la loi. Il n'est donc point nécessaire d'apporter la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père. Cependant, selon la circulaire du 30 juin 2006 du ministère public, pour contester la reconnaissance il faut « *rapporter la preuve de l'inexactitude de la filiation selon les règles de droit commun* »[720]. Même s'il est admis que cette dernière interprétation n'est pas exacte, comme des répresentants de la doctrine l'observent[721], et bien que rejetée par la Cour de cassation, elle révèle l'ambivalence du droit français de la filiation quant aux liens tissés suite à une gestation pour autrui.

Pour le reste, l'arrêt restreint encore plus la possibilité d'invocation des actes d'état civil à l'étranger, même pour les hommes. Il n'est convaincant ni en termes de justice substantielle ni en termes de droit international privé. Il indique l'insuffisance de l'argumentation développée les dernières années à l'encontre de l'établissement de tout lien de filiation en faveur de la mère d'intention. La contestation de la reconnaissance du père laisse dans l'incertitude le lien de filiation paternelle. En l'absence d'un autre homme pouvant réclamer la paternité, l'homme conservera la garde, mais des interrogations persisteront par rapport à la filiation. Ceci permet de comprendre le recours des

---

[719] Civ. 1re, 13 septembre 2013, no 12-30.138 : *JurisData* no 2013-018928, *Le procureur général c. M.X.* ; MIRCOVIC Aude, « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », *JCP* 2013, pp. 1731-1733 ; v. la solution opposée adoptée par les juridictions belges dans une affaire similaire : TPI de Bruxelles, 18 décembre 2012, *Revue de droit international privé*, 2013/2, pp. 64-72, consultable sur le site : www.dipr.be: en l'espèce un homme a recours à une gestation pour autrui en Inde et il procède à la reconnaissance de l'enfant né à Bombay. Le tribunal belge accepte de transcrire l'acte de naissance en raison de la preuve apportée quant au lien génétique du père avec l'enfant.

[720] Circ. n° NOR : JUS C0620513 C, 1re partie, III, 3.1.1.

[721] *Dr. fam.* 2012, comm. 67, NEIRINCK Claire.

intéressés devant la Cour européenne des droits de l'Homme et finalement la nouvelle condamnation de la France dans les affaires *Foulon* et *Bouvet*[722].

Par ailleurs, on constate qu'aucune analyse de droit international privé n'a eu lieu dans l'arrêt de la Cour de cassation. Les juges citent l'article 336 du Code civil sans pour autant expliquer ses titres d'application dans une affaire affectée d'éléments d'extranéité. Selon l'article 311-17 du Code civil, le droit français pouvait être considéré comme applicable, à condition toutefois que l'enfant soit lié avec son père de nationalité française. Sinon, il faudrait vérifier que le droit indien applicable en tant que droit de la nationalité de l'enfant, permette également la contestation de la reconnaissance. Il ne semble pas y avoir non plus d'analyse implicite de droit international privé. On aurait pu concevoir l'article 336 du Code civil en tant que loi de police, notamment pour les cas de reconnaissance liés à une gestation pour autrui survenue à l'étranger. Toutefois, on ne trouve pas des arguments soutenant un tel point de vue. Enfin, la Cour de cassation laisse dans l'obscurité les raisons l'ayant conduit à annoncer que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi que l'article 3 § 1 de la Convention de New York sur la protection des droits des enfants ne peuvent pas être pris en considération en présence d'une telle fraude. Si le refus de transcription et la contestation de la reconnaissance provoquent une gêne importante pour la vie familiale des personnes intéressées, l'appréciation de la conformité d'une telle décision avec lesdites dispositions est indispensable. Si, par contre, les difficultés engendrées sont négligeables, la persistance du ministère public à attaquer toute demande de transcription des actes d'état civil établis à l'étranger est difficilement compréhensible. La pratique développée révèle que la réaction de l'ordre juridique français n'a pas été suffisamment dissuasive. Reste, donc, uniquement sa force symbolique. Cependant, les deux arrêts rendus le 13 septembre par la Cour de cassation ont été confirmés dans son arrêt du 19 mars 2014[723].

Il convient d'observer que ces arrêts figurent parmi les premiers de la Cour de cassation dans lesquels aucune mention n'est faite des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, principes qui ont justifié l'interdiction des

---

[722] CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon* et *Bouvet c. France*, req. n^{os} 9063/14 et 10410/14.

[723] Civ., 1re, 19 mars 2014, n^{o} 13-50.005 : *JurisData* n^{o} 2014-005309 ; *JCP G* 2014, act. 380, obs. MIRCOVIC Aude ; *JCP G* 2014, pp. 1051-1054, note par HEYMANN Jéremy ; FULCHIRON Hugues et BIDAUD-GARON Christine, « "L'enfant de la fraude..." Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse», *D.* 2014, pp. 905-911 ; *Rev. crit. DIP* 2014 ; FULCHIRON Hugues, MARTIN-CALDERO GUILARTE Cristina, « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille », *Rev. crit. DIP* 2014 pp. 531-558 ; note par BOLLÉE Sylvain, pp. 619-629 ; *RTD civ.* 2014, pp. 330-331, note par HAUSER Jean ; DUDEN Konrad, « International Surrogate Motherhood – Shifting the Focus to the Child », *ZEuP* 2015, pp. 637-660.

conventions de la gestation pour autrui. L'invocation du principe de l'indisponibilité de l'état n'était pas tenable ici du fait que l'acte d'état civil ne mentionnait pas de lien de filiation envers une mère d'intention[724]. Le principe de véracité ne pourrait pas être emprunté en tant qu'argument pour justifier le refus de ces transcriptions, comme l'a ingénieusement proposé M. ANCEL dans un autre contexte[725]. Le principe d'indisponibilité du corps humain avait déjà été abandonné lors des arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011. Ces arrêts démontrent l'impasse dans laquelle la Cour de cassation se trouve relativement aux affaires de gestation pour autrui. L'argumentation utilisée à l'appui de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui a progressivement perdu de son poids. Il n'a plus été possible, dans ces arrêts, de démontrer que la décision de refus de circulation de la filiation reposait sur l'un des deux principes invoqués traditionnellement par la Cour de cassation.

v. Le revirement a minima des arrêts du 3 juillet 2015.

Dans les affaires *Labassée et Mennesson*, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que le refus d'un État à reconnaître le lien de parenté entre un enfant né par gestation pour autrui et son père biologique constitue une violation du droit de l'enfant à sa vie privée (art. 8 CEDH)[726]. Le gouvernement français n'a pas formé un recours contre ces arrêts qui sont devenus définitifs le 26 septembre 2014. À la suite de ces arrêts un revirement a été opéré par la Cour de cassation relativement à la transcription des actes de naissance[727]. Le revirement a adopté l'interprétation restreinte des arrêts de la Cour

[724] Rennes, 21 février 2012, n° 11/02758 ; *D.* 2012, p. 878, note MIRCOVIC Aude.
[725] V. *supra.*
[726] CEDH, 26 juin 2014, *Mennessson* c. *France* et *Labbassée* c. *France*, req. n°65192/11, n°65941/11 ; v. GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation : panorama janvier 2015-janvier 2016 », *D.* 2016, pp. 857-863, spéc. pp. 858-862 et ci-dessous dans le chapitre 6, *id.*, pp. 1056-1069, obs. GAUDEMET-TALLON Hélène, JAULT-SESEKE Fabienne ; FULCHIRON Hugues, « Gestation pour autrui (statut des enfants) : position du Tribunal supremo espagnol », *D.* 2015, p. 626 ; FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regards prospectifs sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.* 2015, pp. 1773-1782 ; FARGE Michel, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *RDLF* 2014, chron. n°21 <www.revuedlf.com> dernière visite le 12.10.2016.
[727] Cass. ass. plen. 3 juillet 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323 ; *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 885-890, note GALLANT Estelle ; *Dr. fam.* 2015, no 9, pp. 1-2, note par BINET Jean-René ; GOUTTENOIRE Adeline, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement *a minima* », *JCP G.* 2015, pp. 1614-1617 ; *RTD civ.* 2015, pp. 581-583, note HAUSER Jean ; FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.* 2015, pp. 1819-1826 ; SINDRES David, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.* 2015, pp. 1773-1774 ; *JDI* 2016, p. 105, note par GUILLAUMÉ Johanna ; BOLLÉE Sylvain, « Gestation pour autrui : la voie du compromis », *D.* 2015, p. 1481 ; FULLI-LEMAIRE Samuel, « International Surrogate Motherhood before the French Cour de

européenne des droits de l'Homme. Dans les deux affaires ayant amené aux arrêts du 3 juillet 2015, la gestation pour autrui avait eu lieu en Russie. Dans les deux cas, des actes de naissance avaient été dressés à Moscou, désignant un homme de nationalité française comme père de l'enfant et les gestatrices comme mères. Dans l'une de deux affaires, la Cour d'appel de Rennes, par son arrêt du 15 avril 2014 a retenu l'argumentation du procureur de la République qui s'était opposé à la demande de transcription au motif de l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour autrui[728]. Dans l'autre affaire, la Cour d'appel de Rennes, par son arrêt du 16 décembre 2014, s'est limitée à contrôler la régularité des actes d'état civil établis à l'étranger et la conformité des énonciations avec la réalité, décidant de la sorte qu'il n'existe pas d'obstacle à la transcription de l'acte de naissance. Ces arrêts apportent une clarification mais ne sont pas en mesure à résoudre les problèmes soulevés par la gestation pour autrui, comme les démontrent de manière caractéristique deux autres arrêts rendus par la même Cour d'appel[729].

vi. Les arrêts de la Cour d'appel de Rennes du 28 septembre 2015

Le dernier revirement n'a pas apporté de solution définitive aux problèmes soulevés par la gestation pour autrui et renforce l'impression d'une réglementation ambigüe et imprévisible[730]. Ainsi, peu de temps après, la Cour d'appel de Rennes s'est prononcée sur l'annulation de deux actes de naissance dressés suite à une gestation pour autrui[731]. Dans

---

cassation – The Doors now ajar, *Judgments of the French Cour de cassation of 3 July 2015* », *ZEuP* 2016 (à paraître) ; HILGER Geoffroy, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger après les arrêts du 3 juillet 2015 de l'Assemblée plénière », *Les Petites Affiches* 17 juillet 2015, n° 142; FRISON-ROCHE Marie-Anne « La compréhension des arrêts du 3 juillet 2015 par leur lecture politique », *Les Petites Affiches* 08/10/2015, n° 201, pp. 10-13 ; REIN-LESCASTEREYRES Isabelle, « Premiers arrêts de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui depuis les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014 », *Gaz. Pal.* 07.10.2015, n° 279, pp. 42-43.

[728] Pourvoi no n° 14-21.323.

[729] Rennes, 28 septembre 2015, no 14/07321 et no 14/05537, *AJ fam.* 2015, p. 567, obs. DIONISI-PEYRUSSE Amélie, GOUTTENOIRE Adeline, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement *a minima* », *JCP G.* 2015, pp. 1614-1617, spéc. p. 1617 ; BINET Jean-René, « Coup d'arrêt(s) dans l'admission des effets de la gestation pour autrui », *Droit de la famille*, décembre 2015, comm. 201 ; HAUSER Jean, « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : la valse des hypocrisies continue », *RTD civ* 2016, pp. 78-80 ; GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation : panorama janvier 2015-janvier 2016 », *D.* 2016, pp. 857-863, spéc. pp.861-862.

[730] V. en ce sens v. HAUSER Jean, « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : la valse des hypocrisies continue », *RTD civ* 2016, pp. 78-80, spéc. pp. 78-79, qui observe que : « *Personne, actuellement, à la simple question de la légalité de la GPA en droit français, …n'est capable de répondre clairement* » ; GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation : panorama janvier 2015-janvier 2016 », *D.* 2016, pp. 857-863, spéc. p. 861.

[731] Rennes, 6e Ch. A., 28 septembre 2015, n° 14/05537 et n° 14/07321, *JurisData* n° 2015-021765 et *Jurisdata* no 2015-021767. Dans l'un de deux cas la gestation pour autrui avait eu lieu aux États-Unis tandis que dans l'autre elle avait eu lieu en Inde.

l'une des affaires, la gestation pour autrui avait eu lieu en Californie et, dans l'autre, en Inde. Les juges ont confirmé l'annulation prononcée en première instance au motif que les deux actes mentionnaient les mères d'intention et ne reflétaient pas par conséquent la réalité. La solution repose sur l'application de l'article 47 du Code civil tandis que l'argument de la fraude est écarté. Les arrêts s'alignent donc sur l'argument relatif au principe de véracité des actes d'état civil et provoquent un certain scepticisme quant à l'importance du principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Les réponses apportées démontrent l'absence d'un traitement d'ensemble des problèmes de filiation posés par la gestation pour autrui[732]. L'absence de mention explicite à l'indisponibilité de l'état de la personne, aussi bien dans les arrêts du 3 juillet 2015 que dans ceux du 28 septembre 2015, laisse perplexe quant à la position du droit français concernant la filiation maternelle. Ensuite, la transcription des actes de naissance mentionnant le père génétique et la mère porteuse et le refus de transcription de ces actes indiquant comme mère la mère d'intention, permettent la circulation de liens de filiation posant des problèmes sérieux. Les actes de naissance faisant mention d'une mère n'ayant aucun lien avec l'enfant pourront être transcrits et par conséquent circuler plus facilement que les actes qui mentionnent en tant que mère la mère d'intention qui s'occupe *de facto* de l'enfant. Au demeurant, il est inexact de soutenir qu'une gestation pour autrui conduisant à un acte d'état civil désignant comme père le géniteur ne présuppose pas un processus dans lequel la mère porteuse dispose son corps[733]. Il n'est pas non plus possible d'affirmer que les processus ayant mené à ces solutions ont été respectueux des droits de la gestatrice. Au contraire, on observe qu'en Inde il n'existe pas de cadre juridique réglementant la gestation pour autrui tandis que les informations sur la pratique en Russie sont éparses. Cela étant, et en l'absence d'autre clarification sur le problème de la filiation, les solutions des derniers arrêts pourraient même inciter les personnes intéressées par une gestation pour autrui à se diriger vers des ordres juridiques qui sont beaucoup moins respectueuses des femmes participantes.

Malgré les ambigüités le couple *Mennesson* s'est évertué de nouveau à faire transcrire ses actes de naissance établis aux États-Unis. Le couple a saisi à la suite de l'arrêt du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'Homme le Service central d'état civil le 14 octobre 2014 en demandant le réexamen et la mise à jour de l'état civil de leurs filles. Leur demande a été rejetée mais ils ont pu obtenir du juge des référés, le 3

[732] Rappr. GOUTTENOIRE Adeline, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement *a minima* », *JCP G.* 2015, *op.cit.* p. 1615.
[733] GOUTTENOIRE Adeline, « La Cour de cassation et les enfants nés de… », *JCP G.* 2015, *op.cit.* p. 1617.

décembre 2015, la transcription de leurs actes de naissance[734]. Leur demande reposait sur les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, 809 al. 2 du Code de procédure civile[735] et 47 du Code civil. La Cour d'appel de Rennes a infirmé le 27 juin 2016[736] la décision du tribunal de grande instance de Nantes au motif de l'incompétence du juge des référés de décider de l'exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour d'appel soutenait, d'un côté, que le débat n'était pas clos et que la France n'était condamnée que pour n'avoir pas reconnu les liens de filiation entre les enfants et leur père biologique. De l'autre côté, il était relevé que la décision de refus de transcription les actes de naissance du Service central de l'état civil tranchait de manière définitive la question de transcription ou pas des actes d'état civil. En conséquence, le juge des référés n'aurait pas pu être compétent pour se prononcer sur cette question. Un pourvoi a été formé contre cet arrêt[737]. En parallèle, le couple a engagé une procédure au fond devant le tribunal de grande instance de Nantes dans le but de faire exécuter l'arrêt du 26 juin 2014 de la Cour européenne.

Il convient d'observer par rapport à cette dernière étape des péripéties des actes d'état civil des Mennesson que le ministère public avançait un raisonnement reposant sur une distinction contestable entre réalité juridique et réalité factuelle. Selon ce raisonnement, seule la réalité factuelle devait être prise en considération pour la question de transcription. Cette dernière conception imposait le refus de transcription. Les requérants contestaient une telle distinction en soutenant que seule une réalité juridique est concevable. Ils relevaient encore que, d'une part, la validité du jugement californien ayant reconnu leurs liens de filiation n'était pas en cause et que, d'autre part, ces liens de filiation étaient valables selon le droit applicable désigné applicable par les règles de conflit françaises. Ce raisonnement de droit international privé est intéressant en ce qu'il montre que la règle de conflit dans ce contentieux n'était envisagée que comme un

---

[734] TGI Nantes, ord. réf., 3 décembre 2015, n° 15/99841 cité par HAUSER Jean, « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : la valse des hypocrisies continue », *RTD civ* 2016, pp. 78-80, spéc. pp. 79-80.

[735] Article 809 C. proc. civ. : « *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.*

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

[736] Rennes, 27 juin 2016, n° 15/09501. Nous tenons à remercier Monsieur Dominique MENNESSON pour nous avoir communiqué les informations relatives à ce stade du contentieux ; Rennes, 27 juin 2016 n° 15/03856 : dans ce dernier arrêt la Cour d'appel a confirmé le jugement du TGI de Nantes qui avait ordonné la transcription des actes de naissance des enfants nés en Inde d'une gestation pour autrui.et reconnus par leur père français ; VIGANOTTI Élisa, « Enfants nés de mères porteuses, enfants sans mère : le débat reste ouvert », *AJ fam* 2016, pp. 437-438.

[737] L'audience de la Cour de cassation n'était pas déterminée (23.08.2016). Une demande d'accélération de la procédure formée par maître Patrice SPINOSI était rejetée.

paramètre favorisant la reconnaissance des filiations. Au demeurant, la question qui devrait être posée en termes de droit international privé était celle de savoir si la décision californienne reconnaissant comme père et mère les parents d'intention devait toujours être considéré comme contraire à l'ordre public international. Répondre à l'affirmative après l'arrêt de la Cour européenne permettant, au moins, la reconnaissance du lien paternel nous semble contestable.

vii. La persistance du contentieux

La persistance du contentieux portant sur les actes d'état civil révèle l'existence d'un problème d'insécurité juridique. Le 7 mars 2016 la Cour d'appel de Rennes a dû se prononcer sur la transcription des actes de naissance des enfants nés d'une gestation pour autrui effectuée en Ukraine[738]. Les deux parents d'intention étaient mentionnés dans l'acte de naissance et leur démarche pour faire transcrire les actes de naissance a fait face à un obstacle en raison de l'impossibilité de produire un certificat d'accouchement aux autorités consulaires. Les juges ont néanmoins autorisé une transcription partielle de l'acte de naissance sur le fondement de l'article 47 du Code civil, afin que le père génétique puisse se prévaloir de son lien de filiation. L'arrêt laisse en suspens la question des liens de la mère d'intention à l'instar des arrêts de l'assemblée plénière du 3 juillet 2015. Cette solution attire l'attention en raison de l'originalité de certains éléments du raisonnement emprunté. De plus, l'arrêt en acceptant la possibilité d'une transcription partielle rend encore plus douteuse toute l'argumentation ayant reposé sur le principe de véracité.

En examinant la question du lien de filiation de la mère d'intention, les juges rennais, ont mené un raisonnement dans les termes d'une règle de conflit. La Cour a envisagé l'application de l'article 311-14 du Code civil en retenant comme mère la femme mentionnée dans l'acte de naissance, à savoir l'épouse française. L'interprétation retenue pour les besoins de la mise en œuvre de la règle de conflit de l'article 311-14 du Code

[738] Rennes, 7 mars 2016, n° 15/03855 ; REIN-LESCASTEYRES Isabelle, WASZEK Jenny, « Gestation pour autrui : la quête du lien juridique entre l'enfant et le parent d'intention se poursuit, pour l'heure sans succès », *Gaz. Pal.* 12 juillet 2016, n° 26, pp. 70-74 ; *Gaz. Pal.* Recueil bimestriel mais-juin 2016, n° 21, pp. 1605-1607, note VIGANOTTI Elisa ; Le même jour a été rendu un autre arrêt par la même Cour confirmant la transcription d'un acte d'état civil en faveur d'un homme ayant eu recours à une gestation pour autrui en Californie et ayant procédé à une reconnaissance anténatale de son enfant ; Rennes, 7 mars 2016, n° 150389. L'arrêt s'aligne à la position des arrêts de la Cour de cassation du 3 juillet 2015. Ce qui est intéressant d'observer est que les juges rejettent l'intervention d'une Association dans cette procédure en soutenant que la défense des intérêts collectifs ne la rend pas légitime ; sur ces deux arrêts v. aussi FULCHIRON Hugues, « GPA : une nouvelle lecture *a minima* des arrêts *Labassée* et *Mennesson* », *Droit de la famille* mai 2016, n° 5, pp. 52-55.

civil s'écarte de celle du droit substantiel français, selon laquelle la femme qui accouche de l'enfant est la mère[739]. Évidemment, l'application du droit français aboutissait au refus de tout lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant.

Le raisonnement relatif au droit applicable en matière de filiation n'était pas nécessaire car, comme nous l'avons expliqué, la transcription de l'acte de naissance n'équivaut pas à l'établissement du lien de filiation[740]. Le questionnement néanmoins mené en termes de la règle de conflit en matière de filiation n'est pas totalement injustifié étant donné que le contentieux généré à l'occasion de transcription des actes de naissance est lié à l'existence même des liens de filiation. Ce raisonnement est intéressant aussi parce que c'est le seul cas, dans la jurisprudence française, relatif à la circulation des liens de filiation issus d'une gestation pour autrui où la règle de conflit aurait pu être l'obstacle à la reconnaissance d'un tel lien de filiation. Cependant, l'observation relative à la pertinence d'un raisonnement mené en termes de conflit de lois n'a qu'une valeur relative, tout d'abord parce que la voie suivie par les juges va à l'encontre de l'interprétation traditionnellement retenue de la mère en droit français. Ensuite, même si la désignation du droit applicable était considérée comme nécessaire dans ce cadre, l'application en l'espèce de la règle de conflit est critiquable parce qu'elle aboutit à une application purement formaliste en ce qu'elle semble inspirée du résultat poursuivi, à savoir exclure la transcription d'un acte de naissance désignant comme mère la mère d'intention. Cette dernière n'est animée par aucune considération propre au droit international privé. Toute considération de proximité qui devrait animer la recherche du droit applicable est absente. De plus, l'emploi en l'espèce de la règle de conflit ne légitime pas plus le refus de la transcription de l'acte avec la mention de la mère d'intention. Cela dit, cet arrêt ne renverse pas la conclusion dégagée selon laquelle la règle de conflit en matière de filiation n'influence pas la circulation des liens de filiation issus d'une gestation pour autrui et n'empêche pas leur reconnaissance. Enfin, l'arrêt est important parce qu'il démontre que même le principe de véracité ne suffisait pas à remédier aux incohérences des solutions jurisprudentielles en matière de gestation pour autrui. À partir du moment où une transcription partielle des actes de naissance pouvait être envisagée, le principe de véracité ne suffisait pas à justifier le refus de transcrition. La transcription partielle ne constituerait pas une violation de ce principe. En conséquence, la seule explication possible du refus ne pouvait s'appuyer que sur des considérations liées à l'existence des

[739] V. la critique par FULCHIRON Hugues, « GPA : une nouvelle lecture *a minima* des arrêts *Labassée* et *Mennesson*.. », *op.cit.*, pp. 54-55, n° 22.
[740] V. chapitre 5, Section 1, p. 307 et *seq.*

liens de filiation. Cette constatation est en contradiction avec l'argument de la Cour de cassation consistant à dire que les enfants n'étaient pas privés des liens de filiation envers leurs parents d'intention. Venons toutefois pour confirmer l'absence des considérations de droit international privé à examiner un autre arrêt relatif à une gestation pour autrui qui ne concerne pas une transcription d'acte de naissance, rendu par la Cour d'appel de Dijon le 24 mars 2016[741]. En l'espèce, un homme Gilbert, ressortissant français, vivant en couple avec son compagnon Patrick, a eu recours à une gestation pour autrui à l'aide d'une femme Nicole, ressortissante des États-Unis. La mère porteuse, Nicole, a donné naissance le 14 août 2006 à un enfant, *Matthew*, qui a été reconnu par elle et par Gilbert, le père génétique. Quelques années plus tard, le 1er novembre 2013, le père s'est marié au consulat de France à Sydney avec son partenaire, avec qui il était déjà pacsé. L'époux a saisi le 3 juillet 2014 le tribunal de grande instance de Dijon pour demander l'adoption simple de l'enfant. Sa demande a été rejetée en première instance en raison de l'absence de liens affectifs suffisants. De plus, les juges de première instance ont invoqué l'argument de la fraude à la loi. La Cour d'appel a confirmé la décision de première instance mais en se plaçant sur un autre terrain, celui de l'intérêt de l'enfant.

L'affaire examinée par la Cour d'appel de Dijon n'est pas en toute rigueur une affaire de circulation des liens de filiation. On peut pour autant l'assimiler dans la mesure où elle concerne une situation créée dans un ordre juridique étranger. Elle nous intéresse en particulier dans ce contexte –même si elle ne touche qu'indirectement à la transcription d'un acte de naissance– parce qu'elle montre l'absence complète de prise en considération des ordres juridiques étrangers impliqués ainsi que des personnes relevant d'autres ordres juridiques. Son traitement est indicatif de l'indifférence à l'égard des données du droit comparé et de l'incompréhension des institutions étrangères qui sont en cause. Les juges ont déduit de l'article 16-7 du Code civil que l'adoption par l'époux de la personne qui avait eu recours à la gestation pour autrui est interdite. La fraude n'est plus invoquée à l'appui de la réponse. L'interdiction de l'adoption étant acquise, il suffit d'examiner la proportionnalité de son application. Celle-ci se trouve justifiée parce que la persistance de la vie familiale des deux conjoints n'est pas en danger. La Cour finit par diminuer l'importance du consentement de la mère porteuse à l'adoption en raison de sa

[741] Dijon, 24 mars 2016, no 15/00057, REIN-LESCASTEYRES Isabelle, WASZEK Jenny, « Gestation pour autrui : la…, *op.cit.*, *ibid.*, HAUSER Jean, « GPA : la fin de la prétérition et de l'hypocrisie ? », *RTD civ.* 2016, pp. 335-337 ; GAUDEMET-TALLON Hélène, JAULT-SESEKE Fabienne, « Panorama, droit international privé : mars 2015-février 2016 », *D.* 2012, pp. 1045-1059, spéc. p. 1047 ; FULCHIRON Hugues, « Refus de l'adoption par le mari de son père d'un enfant né grâce à une mère porteuse », *Droit de la famille* juillet-août 2016, nos 7-8, comm. 137, pp. 39-41 ; *RJPF* 01/05/2016, no 5, p. 38, obs. COUARD Julien ; *JCP* 2016, p. 725, obs. MIRCOVIC Aude ; *D.* 2016, p. 783, obs. GALLMEISTER Inès.

participation au processus. Cette réflexion qui repose sur une appréciation peu convaincante de la moralité de la mère porteuse –alors que celle-ci relève d'un ordre juridique qui accepte ce processus– n'était point nécessaire pour la réponse des juges et reste incompréhensible.

Du reste, la consultation des données du droit étranger réglementant la gestation pour autrui révèle l'incohérence du raisonnement. Dans les cas où un couple a recours conjointement à une gestation pour autrui, les deux membres du couple signent le contrat. À défaut donc d'avoir démontré de manière explicite le concours de l'époux[742], ce dernier est sanctionné pour un comportement qu'il n'a pas le sien. En outre, le fait que le couple vivait en Allemagne le jour de la naissance de l'enfant et qu'il menait une grande partie de sa vie dans des ordres juridiques –Australie, Espagne– qui, soit autorisent la gestation pour autrui, soit reconnaissent les liens de filiation tissés à l'étranger, est complètement ignoré. Il convient également de relever le fait que l'adoption survient à un moment bien ultérieur à celui du recours à la gestation pour autrui et que l'existence d'une volonté de détournement de l'adoption semble très douteuse. Enfin, l'interprétation retenue de l'article 16-7 n'est pas tenable parce qu'elle aboutit à une sanction à géométrie variable : elle touche les femmes ayant recours à une gestation pour autrui et les partenaires ou époux de même sexe, tandis qu'elle laisse à l'abri les hommes célibataires et les pères d'intention au sein d'un couple hétérosexuel.

Ce dernier arrêt complète l'aperçu du contentieux relatif à la transcription des actes de naissance. Cet aperçu montre clairement les difficultés auxquelles les personnes qui ont eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger font face. L'institution de l'état civil peut tantôt rendre difficile, tantôt faciliter considérablement la circulation des liens de filiation. Les intéressés ne sont pas pour autant privés de la possibilité de construire une vie familiale effective. Ce contentieux confirme en même temps l'ambiguïté du système de contrôle des actes d'état civil établis à l'étranger et démontre la nécessité de repenser son fonctionnement. Avant d'analyser plus en détail l'institution de l'état civil et plus généralement la méthodologie du droit international privé, il faut se pencher de manière plus systématique sur l'argumentation ayant fondé le refus de la reconnaissance du lien de filiation avec la mère d'intention.

[742] La seule information contenue dans l'arrêt indique que l'époux n'a pas caché d' « *avoir été associé* » au processus, sans pour autant préciser en quoi consistait son rôle. Il n'existe pas non plus de tentative de lier la sanction avec la participation de l'époux à la gestation pour autrui.

b. Appréciation critique de l'impossibilité de faire établir un lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant

Nous démontrerons dans les développements qui vont suivre que l'argumentation invoquée à l'appui du refus de reconnaissance des liens de filiation avec les parents d'intention et en particulier avec la mère d'intention ne constitue pas une explication suffisante même pour des affaires confinées à l'ordre juridique français.

i. Le caractère discriminatoire de la solution

La première critique tient au fait que, malgré l'interdiction des conventions de gestation pour autrui, la sanction de la violation de l'interdiction touche uniquement la mère d'intention et l'enfant. Ainsi, en dépit du principe de l'indisponibilité du corps humain, les personnes impliquées dans une gestation pour autrui peuvent se prévaloir de certains effets de ces conventions. Le dernier état de la jurisprudence relative à la transcription des actes de naissance confirme le fait que les femmes et les hommes dans un couple de même sexe sont plus pénalisés que le père génétique par la réaction de l'ordre juridique français. Le caractère inique de ces solutions ressort de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 1994[743].

L'arrêt du 24 juin 1994 confirme l'impossibilité de rattacher juridiquement l'enfant à la mère d'intention. En l'occurrence, le couple des parents d'intention avait eu recours à l'apport de la belle-sœur. Celle-ci, inséminée avec le sperme du mari, a accouché d'un enfant, aussitôt pris en charge par les parents d'intention. Dix jours après la naissance de l'enfant, la mère porteuse procède à sa reconnaissance. Le 16 juin 1986 elle avait pourtant consenti conjointement avec son mari à l'adoption plénière de l'enfant par la mère d'intention, Mme X. Le mari de la mère d'intention, qui ne s'était pas associé à la procédure, a, ultérieurement, quitté le domicile conjugal et a formé une action en divorce contre sa femme. L'exercice de la responsabilité parentale sur l'enfant avait été confié par l'ordonnance de non-conciliation à la mère d'intention, Mme X, en sa « *qualité de tiers qui s'occupe de cet enfant depuis sa naissance* ». Le divorce, intervenu entre temps, avait rendu caduques les mesures provisoires et la responsabilité parentale était revenue à la mère porteuse liée génétiquement avec l'enfant. Le père génétique, ayant également reconnu l'enfant, a engagé une procédure pour que l'autorité lui soit confiée. La mère d'intention a demandé l'adoption plénière de l'enfant en sollicitant à titre subsidiaire une

[743] Civ. 1re, 29 juin 1994, *D.* 1994, pp. 581-582, note CHARTIER Yves.

adoption simple. Elle a ainsi assigné le père afin de démontrer le caractère abusif de son refus de consentir à l'adoption. Elle a finalement pu obtenir l'adoption plénière en première instance et l'adoption simple suite à l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers.

L'arrêt a été cassé sur le fondement des principes d'indisponibilité d'état des personnes et du corps humain ainsi que sur celui d'un détournement de l'institution de l'adoption[744]. Celle-ci a pu être considérée comme plus respectueuse de ce qu'on a qualifié de filiation « *réelle* »[745], en ce qu'elle prend acte de l'importance de l'accouchement sans pour autant méconnaître celle des relations affectives qui peuvent se nouer entre la mère d'intention et l'enfant né, ou encore son lien génétique avec l'enfant. Il est intéressant d'observer que ; dans cet arrêt, contrairement à celui du 31 mai 1991, l'adoption a été révoquée car le pourvoi a été formé par le mari[746].

Sur le plan de responsabilité parentale, l'arrêt démontre l'incohérence du refus à reconnaître un quiconque lien de filiation avec la mère d'intention. L'enfant restera avec le mari, père génétique qui a également bénéficié des effets de la convention ou du processus de gestation pour autrui. Ainsi, malgré la nullité –censée être absolue– des conventions de gestation pour autrui l'homme qui est aussi partie contractante, retire en pratique les bénéfices de leur application. Le résultat n'est pas satisfaisant car il ne prend pas en considération les cas d'hommes célibataires, ou en couple avec un autre homme, qui ont recours à la gestation pour autrui[747]. Ceux-ci parviennent à se voir reconnaître leur filiation grâce à leur lien génétique avec l'enfant. Indépendamment des critiques adressées à la solution sur le plan de la filiation et de l'incertitude résultant de la jurisprudence, le législateur a prévu l'interdiction explicite des conventions de gestation pour autrui sans pour autant apporter des réponses explicites sur la question de la filiation, et en particulier la responsabilité parentale des enfants ainsi nés.

---

[744] Cet arrêt a complété l'arrêt du 31 mai 1991 dans le sens qu'il fermait toute voie possible –y incluse celle de l'adoption simple– pour l'établissement d'un lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant. L'adoption simple aurait pu, néanmoins, être considérée comme une solution médiane respectant mieux les relations complexes générées par une gestation pour autrui. En faveur d'une telle solution v. MURAT Pierre, «Gestation pour autrui : les palinodies de la Cour d'appel de Paris » *Dr.fam.* juin 2009, comm. 75 ; V. aussi KESSLER Guillaume, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* juillet-août 2005, étude 16, pp. 11-15 ; rappr. GRUENBAUM Daniel, « Foreign Surrogate Motherhood : *mater semper certa erat* », *Am. J. Comp. Law* 2012, pp. 475-505, spéc. 503-504.

[745] Cass. civ. 1re , 13 décembre 1989, *Association Alma Mater c. Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, *JCP* ed. G.1990, II. 21526, note SÉRIAUX Alain.

[746] V. aussi Cass. civ. 1re, 9 décembre 2003, *D.* 2004, pp. 1998-2002, spéc. p. 2001, note par POISSON-DROCOURT Elisabeth. En l'espèce, la Cour de cassation a confirmé l'impossibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant né d'une gestation pour autrui sans pour autant remettre en cause les effets de l'adoption déjà prononcée parce que le pourvoi était formé par le procureur général près de la Cour de Cassation.

[747] Civ. 1re, 13 septembre 2013, no 12-18.315 : *JurisData* no 2013-018930 ; Civ. 1re, 13 septembre 2013, no 12-30.138 : *JurisData* no 2013-018928.

ii. La création d'une vie familiale de fait et le caractère relatif de l'interdiction des conventions de gestation pour autrui

Presque toutes les décisions françaises, jusqu'au prononcé des arrêts du 13 septembre 2013, n'ont pas directement mis en cause la filiation paternelle bien que l'établissement de la filiation paternelle dérive de la même convention. Quoi qu'il en soit, l'enfant reste dans tous les cas au sein de la famille ayant eu l'initiative du processus. La mère d'intention, même si elle ne sera pas reconnue juridiquement comme mère, développera des liens d'affection avec l'enfant puisque la garde est assurée *de facto* par les parents d'intention. Ceci étant, le refus de création d'un lien de filiation –sans pour autant priver la convention de gestation pour autrui de tous ses effets– peut être considéré comme nuisant à l'intérêt de l'enfant, lequel sera privé de presque tous les droits qu'il peut juridiquement avoir à l'égard de sa mère[748]. Parler donc de nullité absolue des conventions aux termes de l'article 16-7 C. civ. n'est pas exact. Le caractère absolu de la nullité nécessiterait de mettre en cause aussi la filiation paternelle. En effet, en droit français, mais aussi dans le droit de filiation d'un nombre considérable des pays, le lien de filiation paternel est dans la dépendance du lien maternel. Le lien de filiation du père dans la logique du droit de la filiation ne dépend pas exclusivement de l'existence d'un lien génétique mais découle également de la convention et éventuellement de la décision entérinant l'accord entre la mère porteuse et ses cocontractants. C'est pourquoi dans la réglementation du droit de la filiation[749] de la grande majorité des pays, du moins en Europe, une fin de non-recevoir peut être opposée au mari ayant consenti à l'insémination hétérologue de sa femme s'l tente de contester son lien de filiation[750]. Ainsi, le père d'intention, en l'absence de législation ou de décision permettant ledit rattachement avec l'enfant, devra d'abord essayer de contester la filiation créée en faveur de l'époux de la mère porteuse –si elle est mariée– et ensuite reconnaître son lien avec l'enfant[751].

Même si l'on ne se place pas au niveau de la filiation et que l'on suppose que le lien génétique est déterminant pour le lien de filiation avec le père d'intention, la

---

748 LAGARDE Paul note sous Cour de cassation, 1re civ., 17 déc. 2008, no 07-20.468, *Rev.crit DIP* 2009, pp. 320-331, spéc. p. 326, n°11.

749 V. en ce sens KOUNOUGERI-MANOLEDAKI Efi, *Fertilisation artificielle et droit de la famille, la législation spéciale grecque : Lois 3083/2002 et 3305/2005*, 2ème éd., Éditions SAKKOULA, Athènes-Thessalonique, 2005, p. 108 [en grec].

750 Art. 311-20 C. civ. français ; Art. 1471 § 2. 2 C. civ. grec.

751 V. en ce sens TPI de Bruxelles, jugement du 18 décembre 2012, *Revue de droit international privé*, 2013/2, pp. 64-72, spéc. 70.

réglementation de la responsabilité parentale est indicative des failles du raisonnement adopté par la Cour de cassation. Si le droit français accepte que la mère porteuse soit la mère mais reconnaît le lien de filiation du père d'intention, il permet à ce dernier d'être investi de la responsabilité parentale. Toutefois, cette dernière solution n'a rien d'évident. L'attribution de la responsabilité parentale aux parents d'intention est le résultat de la convention de la gestation pour autrui. En l'absence de convention de gestation pour autrui –ou d'une décision dans certains ordres juridiques–, le père de l'enfant né peut être le mari de la mère porteuse. Par conséquent, en l'absence de convention portant sur la gestation pour autrui ou d'une réglementation en ce sens, la responsabilité parentale pourrait ne pas être confiée au père génétique, membre du couple ayant initié la procédure. En effet, la cession de la responsabilité parentale et de ses attributs fait partie du contenu explicite du grand nombre des conventions de gestation pour autrui rédigées dans les pays qui les autorisent[752]. Partant, l'attribution de la responsabilité parentale au père d'intention constitue également un effet de la convention de gestation pour autrui. Le refus uniquement du lien de filiation avec la mère d'intention n'est donc pas conforme au caractère absolu de la nullité des contrats portant sur la gestation pour autrui.

iii. Le lien tenu entre interdiction de la gestation pour autrui et interdiction d'établissement d'un lien de filiation

Au travers du prisme de cette analyse, l'interdiction du rattachement de l'enfant à la mère d'intention paraît comme une sanction à son égard, dans le but incertain de dissuader les couples d'avoir accès à une gestation pour autrui. Le résultat est injuste. Il convient d'ailleurs de relever que la plupart des ordres juridiques prohibitifs qui ont été confrontés à la question de l'établissement de la filiation ont le plus souvent permis l'établissement du lien de filiation avec la mère d'intention, parfois par le biais de l'adoption[753]. Ceci

752 V. MEILHAC-PERRI Marion, *L'autonomie de la volonté dans les filiations électives*, thèse soutenue (sous la dir. de CORNELOUP Sabine), 2014, spec. Annexe 1 - Extrait de contrat de maternité pour autrui: Le consentement des parties au contrat de maternité pour autrui, p. 496.

753 Ainsi à *New Jersey* dans *Baby M* une des affaires les plus célèbres, les juridictions ont reconnu la filiation paternelle du père d'intention et ont attribué la responsabilité parentale au couple des parents intentionnels en s'appuyant sur une appréciation de l'intérêt de l'enfant. Les juges ont attribué uniquement des droits de visite à la mère porteuse. Par la suite Melissa Stern qui était née de la gestation pour autrui, a réussi une fois l'âge de majorité atteint, à faire terminer les droits de la mère porteuse pour que son adoption par sa mère d'intention soit effectuée : *In the Matter of Baby M.*, 109 N.J. 396 (1988); en Espagne également, où la gestation pour autrui est interdite, la transcription d'un acte d'état civil reconnaissant un couple d'hommes comme parents d'un enfant né suite à une gestation pour autrui effectuée en Californie a été rejetée. Toutefois, le Tribunal Suprême d'Espagne (6 février 2014) qui a débouté les requérants de leur démarche de renverser ce résultat, a noté que les deux hommes pourraient revendiquer la responsabilité parentale de l'enfant ou poursuivre son adoption dans le cas où l'un d'entre eux serait le parent génétique. Cependant, après cet arrêt et malgré le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui en Espagne le ministère de la justice a annoncé un changement de politique qui consiste à transcrire les actes de naissance des enfants

étant, on peut douter du lien entre l'interdiction des conventions de gestation pour autrui et l'impossibilité du rattachement de l'enfant à la mère d'intention[754]. Tandis qu'il n'y aurait pas d'objection sérieuse à l'illicéité des conventions portant sur la gestation pour autrui, il en va différemment en ce qui concerne l'établissement du lien de filiation avec la mère d'intention. L'interdiction du rattachement de l'enfant à la mère d'intention ne peut pas être inférée automatiquement du caractère illicite des conventions de gestation pour autrui.

En outre, qualifier l'adoption de but ultime d'un processus d'ensemble est inexact. En effet, l'enfant est à la charge des parents d'intention sans que celle-ci soit prononcée. L'objectif principal poursuivi par la convention de gestation pour autrui est tout d'abord la naissance d'un enfant et la création d'une relation affectueuse. Sous cet angle, concevoir l'adoption comme la phase ultime d'un processus d'ensemble, comme la jurisprudence a pu l'affirmer, suscite des réserves[755].

iv. La faiblesse des arguments reposant sur le principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état

La pertinence de l'argument s'appuyant sur l'indisponibilité du corps humain a été également remise en question par la Cour d'appel de Paris dans arrêt du 15 juin 1990[756]. La Cour a écarté l'argument reposant sur ce principe en raison des dérogations importantes comme le don d'organes[757]. D'autres dérogations peuvent être avancées en

---

nés à des parents d'intention espagnols suite à une gestation pour autrui à l'étranger. v. MARTÍN-CASALS Miquel, RIBOT Jordi, « Family Forms and Parenthood in Spain », in Andrea BÜCHLER, Hellen KELLER, *Family Forms and Parenthood*, *Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2016, pp. 379-424, spéc. pp. 402-404 ; QUIÑONES ESCÁMEZ Ana, « Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada », *InDret* 3/2009, pp. 1-42 consultable sur : <http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf> dernière visite le 12.10.2016 ; LAGARDE Paul note sous civ, 1re,17 déc. 2008, n° 07-20.468, *Rev. crit DIP* 2009, pp. 320-331 ; v. aussi la bibliographie et la jurisprudence, note 1015, p. 435.

754 V. *contra* SINDRES David, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *J.D.I.* 2015, pp. 429-504, spéc. pp. 438-431.

755 D'ailleurs, l'argument consistant à dire que l'adoption vise uniquement à donner une famille à un enfant déjà né est inexact en ce qu'il conçoit la fonction de l'institution de façon restrictive, sans toutefois apporter de preuve à l'appui de cette interprétation. Au contraire, il existe des éléments en droit de l'adoption qui permettent de suggérer une fonction plus large de l'adoption lorsque par exemple elle sert à établir un lien entre l'époux de la mère et son enfant conçu d'un mariage antérieur V. aussi la note de LABBÉE Xavier sous TGI Lille, 22 mars 2007, *D.* 2007, pp. 1251-1255, spéc. p. 1253 où il relève le fait que l'épouse peut adopter l'enfant adultérin de son époux dans le cas où sa maîtresse consent à son adoption.

756 Paris, 1re Ch., 15 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, pp. 711-731, note LABRUSSE-RIOU Catherine ; *J.D.I.* 1990-4, note GAUDEMET-TALLON Hélène, pp. 982-994 ; *D.* 1990, n° 38, note : BOULANGER François, pp. 540-544.

757 V. toutefois CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. I, Introduction-Personnes-Famille-Biens-Régimes matrimoniaux-Successions*, 11ème éd., Dalloz, Paris, 2000, n° 49, p. 269, n° 8, où les auteurs forment certaines objections justifiées contre cet argument tout en soulignant le fait que les arguments invoqués pour interdire la pratique ne seraient pas également forts pour

ce sens. L'expérimentation sur le corps humain contre indemnisation dans le cadre des recherches biomédicales constitue également une telle dérogation[758].

Le caractère insuffisamment persuasif du principe de l'indisponibilité du corps humain explique peut-être le fait que la Cour de cassation l'ait abandonné dans les arrêts du 6 avril 2011. Toutefois, des raisons permettant de douter de la valeur absolue aussi du principe de l'indisponibilité d'état même si on se situe dans le contexte d'une situation purement interne. La Cour d'appel de Paris a remarqué en ce sens l'existence dans le droit positif français des modes de construction des liens parentaux ne reposant pas sur la vérité biologique mais sur d'autres critères[759].

Les exceptions existantes aux principes d'indisponibilité du corps et de l'état provoquent des doutes par rapport à l'exclusion de toute possibilité de consécration d'un lien de filiation en faveur de la mère d'intention. Les réserves par rapport à cette approche absolue se renforcent si l'on se place dans la sphère internationale où les titres d'application d'autres droits par rapport aux liens de filiation peuvent parfois être plus importants que ceux du droit français.

c. Appréciation critique du refus d'établissement de liens dans un contexte international

La fluctuation de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui et le caractère incertaine des conséquences de l'interdiction de la gestation pour autrui, la violation incertaine du principe d'indisponibilité d'état, l'intérêt supérieur de l'enfant constituent seulement quelques-unes des raisons qui poussent à penser que le refus d'établissement d'un lien de filiation avec les parents d'intention dans un contexte international est une

---

fermer la voie à l'établissement de la filiation. Sur ce type d'argument v. BODEN Didier, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, vol. II, (dir. de thèse Horatia Muir Watt), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, thèse soutenue le 19 mars 2002, pp. 759-768, n^{os} 707-714.

[758] V. en ce sens GUILLAUMÉ Johanna, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, préf. Clothilde Grare-Didier, L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2011, p. 497, n^{o} 1168 ; V. aussi L'article L.1121-11 C. santé publique qui dispose :

« *La recherche biomédicale ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais exposés et, le cas échéant, l'indemnité en compensation des contraintes subies versée par le promoteur. Le montant total des indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre chargé de la santé* » ; V. aussi l'arrêté du 21 février 1994, relatif aux indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année pour sa participation à des recherches biomédicales sans bénéfice individuel (*JO* 30 mars) ; v. aussi CGI, art. 81 14° *ter*, prévoyant que ces indemnités sont exonérées des impôts.

[759] Paris, 1re Ch., 15 juin 1990, *Rev. Crit. DIP* 1991, 711-731, note LABRUSSE-RIOU Catherine ; *J.D.I.* 1990-4, note GAUDEMET-TALLON Hélène, pp. 982-994; en attestent l'adoption qui suit après l'abandon à la naissance ou les reconnaissances formelles non contestées s'appuyant exclusivement sur des liens d'affection en l'absence de lien biologique ; en ce sens v. aussi BOULANGER François note sous *D.* 1990, pp. 542-544, spéc. p.544.

solution encore plus injustifiée. Il ressort en définitive de la manière dont certaines solutions interdisent la reconnaissance d'un tel lien de filiation, que celles-ci s'expliquent également par la non prise en considération de certaines nuances des législations étrangères libérales et une certaine indifférence à l'égard de la proximité que ces situations entretenaient avec le pays où la gestation pour autrui a eu lieu.

i. Le caractère imprévisible de l'interdiction pour les affaires à dimension internationale

Les termes de l'arrêt du 31 mai 1991 affirmant l'interdiction des conventions de gestation pour autrui et l'impossibilité de rattacher l'enfant avec la mère d'intention permettaient de penser que sa portée n'était pas la même pour les affaires à caractère international. Comme cela a été pertinemment relevé[760], le pourvoi du procureur général ayant conduit à l'arrêt du 31 mai a été formé contre un arrêt dénué de tout élément d'extranéité. Pourtant, le 15 juin 1990, la Cour d'appel de Paris avait rendu deux arrêts. L'un d'entre eux a conduit à l'arrêt de principe de l'assemblée plénière du 31 mai 1991. Le second, rendu le même jour et affecté d'éléments d'extranéité, est le premier dans lequel les conventions de gestation pour autrui et le rattachement de l'enfant à la mère d'intention ont été examinés sous le prisme de l'ordre public au sens du droit international privé. Bien que le procureur général ait eu la possibilité de former le pourvoi contre l'arrêt à dimension internationale, afin de dissiper tout doute, même en ce qui concerne les questions posées dans un contexte plus large que celui du seul ordre juridique français, et malgré, enfin, la volonté de la Cour de cassation « *d'affermir une jurisprudence existante, afin d'assurer la sécurité juridique* » il ne l'a pas fait[761]. Les doutes auraient été moindres si le pourvoi avait été formé contre l'arrêt au caractère international, assez ambigu du reste. D'ailleurs, la jurisprudence *Alma mater* fournissait une réponse qui permettait de résoudre la plupart des questions relatives à une gestation pour autrui confinée à la France. L'omission du procureur général pouvait donc être lue comme une incitation à une différenciation des résultats lorsqu'une affaire présente des liens avec plus d'un ordre juridique.

[760] DE GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, note sous Paris, 25 octobre 2007, *Gaz. Pal.*, n^{os} 27-29, 27 -29 janvier 2008, pp. 20-28, spéc. p. 28.
[761] CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. I, Introduction-Personnes-Famille-Biens-Régimes matrimoniaux-Successions*, 11ème éd., Dalloz, Paris, 2000, n° 49, p. 272 § 14 ; GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ* 1992, pp. 489-528, n° 2.

ii. La désignation par la règle de conflit d'une législation autorisant la gestation pour autrui et l'intervention de l'ordre public à son effet atténué

D'autres arguments à l'encontre de l'invocation de l'ordre public et en faveur de la reconnaissance d'un lien de filiation issu d'une gestation pour autrui découlent de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 15 juin 1990. Dans cette affaire un couple de Français, dont la femme était atteinte de stérilité, s'était rendu aux États-Unis dans le Kentucky. Sur place, ils s'étaient mis en contact avec une mère porteuse par le biais d'une agence spécialisée dans la gestation pour autrui. En 1984, celle-ci les aide à avoir leur premier enfant. Le processus aboutit avec l'adoption prononcée par le tribunal de grande instance de Paris. Le couple voyage, de nouveau, aux États-Unis afin d'avoir recours pour une deuxième fois au secours de la mère porteuse, Mme *Débi. M.* Une insémination artificielle est effectuée avec le sperme de l'époux, M. *Michel Marcel Aimé M.* Un deuxième enfant est né. Un acte de naissance est dressé à Louisville mentionnant le nom du père M. *Michel Marcel Aimé M.* Le couple est rentré ensuite en France et s'est évertué à faire reconnaître le lien de filiation maternel en sollicitant l'adoption auprès du tribunal de grande instance de Paris. Leur requête étant rejetée, ils ont interjeté appel. Devant la juridiction d'appel, en plus de l'acte de naissance, deux décisions étrangères sont produites. La première du 4 décembre 1987 a reconnu, deux jours après la naissance de l'enfant, *Michel M.* comme père. Partie intégrante de cette décision était « *l'accord de garde et d'entretien* » conclu entre M. *Michel M.* et la mère porteuse. Par cet accord, cette dernière « *accorde, donne et transfère tous ses droits, sa garde et son contrôle sur l'enfant Elise Marie M.* » au père qui s'engage. La seconde décision –« *ordonnance mettant fin aux droits parentaux et ordonnance de jugement* »– a été rendue le 17 décembre 1987. Celle-ci avait constaté « *conformément à la législation locale applicable*, *l'abandon par la mère de ses droits sur l'enfant* » et avait décidé « *en conséquence, la suppression de ces droits et leur transfert au profit de Michel M.* »[762].

La Cour a pris en considération ces données et a procédé à un raisonnement en deux étapes. Elle a contrôlé, dans un premier temps, les jugements étrangers en ce qu'ils supprimaient les droits de la filiation de la mère porteuse et accordaient les droits et les obligations découlant du lien de filiation au père naturel. Lors de ce contrôle, la Cour a examiné si le droit appliqué par les juges américains sur la question de la suppression des droits parentaux de la mère porteuse est bien celui prévu par la règle de conflit

[762] Paris, (1re Ch., sect. C), 15 juin 1990 et Civ. (Ass. plén.), 31 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, pp. 711-731, spéc. p. 714, note par LABRUSSE-RIOU Catherine.

française[763]. Elle a examiné, par la suite, la conformité des décisions relatives à la parenté avec l'ordre public international et a répondu affirmativement en reposant sur la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. Dans un second temps, les juges ont examiné la requête d'adoption selon la loi française applicable conformément aux règles de conflit françaises et ont accordé l'adoption[764]. La Cour d'appel a adopté une approche analytique qui lui a permis de dissocier la question de l'illicéité de la convention de la gestation pour autrui de celle des effets sur le plan de la filiation et de celle de l'adoption par la mère d'intention. Il convient d'examiner les arguments qui étaient invoqués à l'encontre du déclenchement du mécanisme de l'ordre public international[765].

Selon les juges : « *l'abandon par la mère naturelle de ses droits sur l'enfant et leur transfert au père naturel ne heurte pas la conception française de l'ordre public international, s'agissant de plus, de donner effet en France à des droits régulièrement acquis à l'étranger* ». Au vu de cette argumentation faisant valoir le jeu atténué de l'ordre public, les décisions américaines de décembre 1987 prenant acte et autorisant l'acte de l'abandon et du transfert des droits parentaux ont pu être reconnues et l'adoption finalement prononcée[766]. La reconnaissance des jugements a été confortée, d'une part, par le fait que la mère porteuse avait procédé au transfert de ses droits sur l'enfant en faveur du père naturel et, d'autre part, par la constatation d'une procédure judiciaire validant lesdits actes. Ces éléments ont permis de croire que la résolution du problème de la filiation avait eu lieu de manière effective à l'étranger.

iii. L'importance des liens de la situation avec un ordre juridique étranger et la nécessité de leur prise en considération pour la mise en œuvre de l'ordre public

Il faut encore relever qu'une partie de la doctrine s'accorde à ce que l'effet atténué de l'ordre public puisse intervenir dans certaines affaires où un lien étroit peut être identifié

763 En ce sens v. GAUDEMET-TALLON Hélène note sous Paris, (1re Ch., sect. C), 15 juin 1990, *J.D.I.* 1990, p. 982-994, spéc. p. 990-991, qui maintient cependant certaines réserves quant au droit applicable à la reconnaissance paternelle. *Contra* LABRUSSE-RIOU Catherine note sous Paris, (1re Ch., sect. C), 15 juin 1990 et Civ. (Ass. plén.), 31 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, pp. 711-731, spéc. pp. 720-723 ; M. BOULANGER François adopte aussi une interprétation qui se différencie des deux précédentes au sujet du fondement de la solution de la Cour d'appel, v. note, *D.* 1990, pp. 542-544, spéc. pp. 542-543.

764 À propos de l'adoption, le ministère public s'y est opposé en s'appuyant sur l'illicéité des conventions de gestation pour le compte d'autrui ainsi que sur les « *risques d'ordre moral et social de ces pratiques* ».

765 V. toutefois la critique de GAUDEMET-TALLON Hélène note sous CA, Paris, (1re Ch., sect. C), 15 juin 1990, *J.D.I.*, 1990, p. 982-994, spéc. pp. 992-993.

766 Cette référence a fait l'objet de critiques dans des directions différentes. V. LABRUSSE-RIOU Catherine note sous Paris, (1re Ch., sect. C), 15 juin 1990 et Civ. (Ass. plén.), 31 mai 1991, *Rev crit DIP* 1991, pp. 711-731, spéc. p. 722 : l'auteur relève que le raisonnement de la Cour est contradictoire parce que ces arguments laissent entendre que la gestation pour autrui suivie par une adoption pourrait être admise même au sein de l'ordre juridique français ; *J.D.I.* 1990, p. 982-994, spéc. 992-993, note GAUDEMET-TALLON Hélène.

avec un pays étranger[767]. Un indicatif de l'étroitesse de ce lien avec l'ordre juridique étranger serait notamment le fait que la mère porteuse a, dans la grande majorité des cas, son domicile dans le pays où le procédé est effectué. En outre, l'insémination et l'accouchement sont le plus souvent effectués par un centre d'assistance médicale ayant son siège dans ce pays. Cette proximité est renforcée par le fait qu'une décision judiciaire intervient fréquemment pour l'établissement des liens juridiques des parents d'intention avec les enfants nés. Ces points de contact avec le pays étranger permettraient de soutenir que faire reconnaître le lien de filiation en France heurterait moins la société française que s'il s'agissait d'une situation entièrement localisée dans l'ordre juridique interne[768]. L'hésitation à invoquer l'ordre public international pouvait aussi être lié au fait que des recherches de l'opinion publique française montraient des avis plutôt favorables à la gestation pour autrui[769]. Enfin, une partie de la doctrine s'était exprimée contre l'invocation de l'ordre public international pour l'établissement de la filiation avec la mère d'intention sans avoir recours à la théorie de l'effet atténué[770].

Par ailleurs, le refus d'établissement d'un lien de filiation a un impact sur des personnes tierces –notamment la mère porteuse– directement concernées par l'issue du litige et qui n'ont pas de possibilité de s'exprimer lors du procès en France. Même si l'effet de la chose jugée de la décision de refus n'a pas de conséquences sur le plan de la maternité ou de la responsabilité parentale, elle a des effets indéniables de nature symbolique pour l'enfant ainsi que pour la mère porteuse et son époux si cette dernière est mariée[771]. En outre, des conséquences juridiques pour la mère porteuse ne peuvent

---

[767] BOLLÉE Sylvain, note sous Cass. civ., 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *J.D.I.* 2009, pp. 577-586, et préc. p. 583 ; l'effet atténué de l'ordre public a également été invoqué dans un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris qui a validé une adoption prononcée en France à la suite d'une gestation pour autrui ayant eu lieu aux Etats-Unis ; Paris, 15 juin 1990, *D.* 1990, p. 540, note BOULANGER François ; *J.D.I.* 1990, p. 982, note GAUDEMET-TALLON Hélène ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711-731, note LABRUSSE-RIOU Catherine.

[768] BOLLÉE Sylvain, note sous civ., 1re, 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *J.D.I.* 2009, pp. 577-586 et préc. p. 583.

[769] V. déjà RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Les procréations assistées : état des questions », *RTD civ.* 1987/1986, p. 491 et l'étude citée par LABBÉE Xavier note sous TGI de Lille, 22 mars 2007, *D.* 2007, pp. 1251-1255, spéc. p. 1255 ; v. aussi l'enquête d'opinion de l'Institut Intraforces effectuée pour le compte de l'Agence de la biomédecine et diffusée lors des Rencontres parlementaires sur la bioéthique, février 2007 ; v. l'étude Ipsos/Top Santé/France 5, diffusé le 28 janvier 2009 dans le site suivant : <http://www.ipsos.fr/decrypter-societe/2009-01-28-60-francais-favorables-l-autorisation-meres-porteuses> dernière visite le 12.10.2016 ; v. aussi l'étude réalisée à l'initiative de J.Belaish-Allart, P.Merviel et P.Clément, publiée en octobre 2008 sur le site du GEFF (groupe d'étude de la fécondation *in vitro* en France), consultable sur le site suivant : <http://www.geffprocreation.com/pdf/questamp011008.pdf> dernière visite le 12.10.2016.

[770] DE GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, note sous Cour d'appel de Paris (1re CH., SECT. C), 25 octobre 2007, *Gaz. Pal.*, nos 27-29,128ème année, 27 -29 janvier 2008, pp. 20-28, spéc. p. 26-28 ; LAGARDE Paul note sous Cour de cassation, 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *Rev.crit DIP* 2009, pp. 320-331.

[771] Si le lien de filiation d'une mère porteuse pouvait être établi et celle-ci serait mariée, son époux serait aussi en raison de la présomption du mariage considéré comme le père de l'enfant.

pas être exclues, si par exemple celle-ci revendique la responsabilité parentale. Des telles conséquences seraient aussi envisageables si la mère porteuse avait des éléments de patrimoine sur le sol français et l'enfant revendique des droits sur sa succession. Ainsi, le droit français, qui relève souvent la vulnérabilité de la mère porteuse, vient finalement lui attribuer des droits et des obligations qu'elle ne souhaite pas. De plus, s'il est admis que les femmes qui prêtent leur utérus sont surtout des femmes dans une situation financière difficile, une solution les rendant responsables d'un enfant qu'elles n'ont pas voulu pourrait aggraver leur situation. Enfin, en l'absence de lien de filiation établi à l'égard de la mère d'intention, une action introduite par l'enfant ou par la mère porteuse pourrait aboutir à l'établissement de la filiation à l'égard de cette dernière. Cette solution est probable car toute décision en sens contraire aboutirait à des solutions contradictoires au sein du même ordre juridique. Il s'ensuit que ne pas reconnaître la filiation des parents d'intention pourrait tourner au détriment de la personne dont la protection est parmi les buts affichés de l'article 16-7 du C. civ. et de la jurisprudence française, à savoir la mère porteuse. Et même si le risque, en pratique, de voir ultérieurement un lien juridique établi entre la mère porteuse et l'enfant est mince, il n'en reste pas moins que l'incertitude peut impliquer des conséquences sur le plan psychique aussi bien pour elle que pour l'enfant.

iv. Le caractère incertain de la violation du principe d'indisponibilité d'état

L'indisponibilité d'état des personnes a été l'un des arguments principaux invoqués à l'appui de l'ordre public international. La Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt du 15 juin 1990 présenté ci-dessus, ne l'a pas retenu comme fondement d'une contrariété à l'ordre public international. La raison invoquée était que l'abandon par la mère porteuse de son rôle de mère en droit ne constituait pas le résultat d'une contrainte exercée sur elle mais plutôt celui d'une volonté libre et définitive.

En outre, pour la Cour d'appel, une violation du principe d'indisponibilité de l'état n'était pas concevable dans la mesure où la cession des droits parentaux s'effectue en faveur du père génétique. Celui-ci détient des titres égaux à ceux de la mère porteuse à revendiquer sa reconnaissance en droit puisqu'il puise ses droits dans son lien génétique. En avançant dans la ligne de raisonnement adopté par la Cour nous pourrions, certes, observer que le lien génétique pourrait être contesté en tant que fondement du lien

paternel[772]. Cependant, on ne peut pas lui nier toute importance pour la détermination de la filiation de l'enfant[773]. D'ailleurs, reconnaître un rôle à la donne génétique ne signifie aucunement que la convention portant sur la gestation pour autrui ne produit aucun effet sur la filiation paternelle. L'analyse de la position des toutes les parties impliquées dans une gestation pour autrui montre que la convention joue un rôle important non seulement par rapport à la reconnaissance de la filiation maternelle mais aussi par rapport à la filiation paternelle.

Aux arguments de la Cour d'appel, il convient que nous en ajoutions un autre, indiquant le caractère incertain d'une violation de ce principe. En fait, pour qu'on puisse parler de violation du principe d'indisponibilité de l'état, il faut bien vérifier que le droit appliqué par les juridictions autorisant la gestation pour autrui –désigné applicable par la règle de conflit française– laisse la filiation à la libre disposition des parties[774]. L'étude de la législation anglaise, grecque, mais aussi de celle de certains États des États-Unis qui autorisent la gestation pour autrui, confirme que celles-ci ne laissent pas la filiation à la disposition des parties[775]. Dans les ordres juridiques où le processus dépend en grande partie d'une convention de gestation pour autrui le droit de ces États ne prévoit pas à titre général l'exécution forcée d'une telle convention afin de garantir le transfert des droits parentaux –la filiation et la responsabilité parentale–, malgré les stipulations éventuellement incluses dans des contrats en ce sens[776]. En présence d'un désaccord sur la filiation et la responsabilité parentale de l'enfant, les juges statueront selon une approche au cas par cas. Par conséquent, même dans les ordres juridiques où les

---

[772] Si on considère par exemple le père intentionnel comme un donneur avec lequel une filiation devrait être exclue. Une telle interprétation peut trouver appui sur le caractère subsidiaire de la filiation paternelle à l'égard de la filiation maternelle.

[773] Cela est d'autant plus vrai si on compare la légitimité du père génétique à être reconnu comme parent par rapport à celle de l'époux de la mère porteuse. L'époux de la mère porteuse ne participe en aucune manière au processus. Il n'a pas l'intention d'être parent et ne contribue pas avec son matériel génétique.

[774] Certes, si on admet que la décision américaine a un caractère décisionnel, il n'incombe pas aux juges français d'examiner le droit applicable à la filiation. Il faut toutefois examiner si le droit éventuellement appliqué viole ce principe. En l'absence d'un tel contrôle on ne peut pas affirmer qu'une violation du principe de l'indisponibilité de l'état civil est survenue. Si le droit désigné applicable permet la création d'un lien de filiation avec les parents d'intention à la suite d'une gestation pour autrui, les personnes impliquées ne disposent pas de l'état à leur guise mais conformément à la législation applicable à la question.

[775] Chapitre 1, section 2.

[776] V. en ce sens *In re Marriage of Moschetta*, (1994), 25 Cal. App. 4th 1222. (Cal. Jun 10, 1994). Dans cette affaire la question de l'opposabilité d'un contrat de gestation pour autrui traditionnelle s'est posée. Les juges ont dans leur décision précisé que « *Des couples qui ne peuvent assumer le coût d'une fertilisation in vitro et de l'implantation de l'embryon conçu ou qui ont recours à une gestation pour autrui traditionnelle parce que la femme n'a pas des ovules adaptés pour une fertilisation in vitro n'ont aucune garantie que leurs intentions seront honorées devant un tribunal. Pour eux et pour l'enfant le lien biologique est le destin* » ; Pour le droit de Californie v. aussi en ce sens WALD H. Deborah, « The Parentage Puzzle Revisited : Determining Legal Parentage in the 21st Century », texte de communication effectuée lors du colloque de la section du droit de la famille de l'*American Bar Association*, qui a eu lieu du 12 au 14 mai 2016, aux Bahamas, spéc. pp. 10-15 [non publiée].

conventions de gestation pour autrui sont autorisées, il est inexact d'affirmer que la filiation des enfants nés de ce processus se trouve à la disposition des intéressés. Les règles encadrant le lien de filiation et le contrôle exercé par les juges sont déterminants. Partant, les actes des personnes dans le cadre d'une gestation pour autrui sont conformes au droit applicable. Ceci ne signifie pas que l'intervention de l'ordre public international du juge français est inconcevable, juste qu'il faut justifier différemment le recours à la réserve d'ordre public. L'ordre public intervient parce que la marge qu'un droit étranger – applicable selon les règles de conflit françaises– reconnaît aux individus dans la détermination de la filiation va au-delà de la marge de liberté laissée par l'ordre juridique français.

v. Les considérations liées aux droits de l'Homme et à l'intérêt de l'enfant

Un des mérites de l'arrêt du 15 juin 1990 examiné en l'espèce est, certes, qu'il repoussait une condamnation absolue de la gestation pour autrui et qu'il adoptait une analyse au cas par cas, conditionnant la reconnaissance au respect de certaines garanties du processus. De plus, les juges avaient déjà identifié la pertinence de la Convention européenne des droits de l'Homme dans ce contexte et notaient que l'adoption était conforme à l'esprit et aux principes consacrés par celle-ci et par d'autres instruments internationaux[777].

À cet égard, était également prise en considération la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, laquelle impose que l'intérêt de l'enfant soit élevé en « considération primordiale » (art. 3 par. 1) chaque fois qu'une décision concernant un enfant doit être prise. Cette considération est beaucoup plus impérieuse dans un contexte international car l'interdiction de lier juridiquement l'enfant à la mère d'intention est dans ce cas plus pénalisante pour l'enfant[778]. Si une gestation pour autrui s'est entièrement déroulée en France, il reste possible de faire créer un lien avec la mère porteuse. Cette possibilité pourrait garantir à l'enfant aussi bien une vocation successorale qu'un créancier de plus responsable de l'obligation alimentaire[779]. Cette interprétation de l'intérêt de l'enfant n'est toutefois pas partagée par certains auteurs qui suggèrent que faire reconnaître une telle filiation va, en réalité, à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. À l'appui de leur position ils invoquent des considérations d'ordre psychologique. Cette argumentation pêche en ce qu'elle n'est appuyée par aucune recherche précise. Il est dès

[777] Pour cette argumentation v. *infra* chapitre 6, section 1, §2.A.2., p. 429 et *seq.*
[778] BOLLÉE Sylvain, note sous Cour de cassation, 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *J.D.I.*, 2009, pp. 577-586 et spéc. p.584.
[779] BOLLÉE Sylvain, note sous Cass. civ., 1re civ., 17 déc. 2008, *op.cit.* p. 584.

lors plus judicieux, faute de preuve contraire, de se fier à une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant[780]. Dans une telle appréciation, les conditions matérielles assurées à l'enfant ne peuvent qu'occuper une place importante pour le raisonnement adopté.

Une partie de la doctrine a reproché et continue à reprocher à l'argument lié à l'intérêt de l'enfant qu'il n'est pas solide pour justifier la reconnaissance de la filiation avec la mère d'intention. Ils relevent en ce sens qu'en tous les cas, l'intérêt de l'enfant se trouve sacrifié dans certaines circonstances, par exemple dans l'interdiction de l'établissement de filiation pour l'inceste ou dans celui des délais prévus pour la contestation de la filiation[781]. Cette analogie est toutefois réductrice. Dans le cas de l'inceste, la violation de la disposition pertinente peut être lue en tant qu'indice de l'inadaptation des géniteurs à être juridiquement reconnus comme les parents des enfants. Dans le cas de l'écoulement du délai, l'inadaptation découle de l'indifférence montrée pendant une période jugée significative. Par contre, l'interdiction de la gestation pour autrui ne peut pas être considérée en soi comme un indice d'incapacité du couple à assumer le rôle du parent. Il faut toutefois encore relever que, dans les deux cas avec lesquels une comparaison est tentée, le droit français prévoit d'autres remèdes qui permettent, soit d'assurer financièrement l'enfant –action à fins de subsides contre le géniteur incestueux–, soit d'établir autrement un lien (par exemple adoption). Par contre, dans le cas de la gestation pour autrui, l'enfant n'a pour l'heure aucune autre possibilité de voir son lien avec la mère d'intention établi et aucune protection alternative.

vi. La volonté d'assurer l'effectivité d'une solution aux contours incertains

Le souci de l'effectivité du droit a également été avancé à l'encontre de la reconnaissance de la filiation. Faire reconnaître des situations interdites au sein de l'ordre juridique interne lorsqu'elles sont constituées valablement à l'étranger peut mettre en péril le caractère contraignant du droit[782]. Cet argument, au moment où il a été exprimé pour la première fois, pêchait, d'abord, parce qu'il partait du présupposé que le droit français interdisait l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard des parents d'intention. Rien

[780] LAGARDE Paul note sous Cass. civ., 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *Rev. crit DIP* 2009, pp. 320-331 et spéc. p. 329, n° 18 ; *contra* TGI Lille, 22 mars 2007, *D.* 2007, pp. 1251-1255, note par LABBÉE Xavier, réservé quant à la solution du tribunal.
[781] MIRCOVIC Aude, note sous Cass. civ., 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *JCP*, G. 2009, pp. 37-39 et spéc. 38-39.
[782] LABRUSSE-RIOU Catherine note sous CA, Paris, (1re Ch., sect. C), 15 juin 1990 et Civ. (Ass. plén.), 31 mai 1991, *Rev crit DIP* 1991, pp. 711-731, spéc. p. 727 ; BOLLÉE Sylvain, note sous civ., 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *J.D.I.*, 2009, pp. 577-586 et préc. p. 585.

n'était moins certain. Sur le plan du droit civil, aucune disposition n'excluait explicitement le rattachement de l'enfant à la mère d'intention, que ce soit par le biais d'une adoption ou par le biais de la possession d'état. Malgré l'adoption de l'article 16-7 du Code civil en 1994[783], on ne peut parler d'interdiction explicite d'établissement d'un lien entre la mère d'intention et l'enfant né d'une gestation pour autrui dans un contexte international qu'à partir des arrêts de la Cour de cassation du 7 avril 2011 qui sont les premiers à dimension internationale. L'interdiction d'établissement d'une filiation entre le père génétique et l'enfant né d'une gestation pour autrui ne pouvait être déduite qu'à partir des arrêts du 13 septembre 2013. À cela il faut ajouter que de tels rattachements d'enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui étaient, depuis un moment, une réalité en France. Comme il ressort également de l'arrêt du 15 juin 1990, il existait des décisions ayant prononcé l'adoption de ces enfants par les parents d'intention. Les résultats de ces décisions n'ont jamais été remis en cause par les modifications subséquentes du droit, ceci parce que le législateur a apparemment considéré nécessaire, pour l'intérêt supérieur de l'enfant, de retenir une filiation qu'on a pu qualifier de mensongère[784]. Partant, affirmer une politique de protection de l'autorité du droit au moment où la teneur de l'interdiction n'était pas claire, au moins pour des gestations pour autrui effectuées à l'étranger , n'était pas un argument suffisant à fonder le recours à l'ordre public international.

En outre, même à considérer comme cristallisée la position du droit français à l'époque où les premières affaires à dimension internationale étaient prononcées, dire que la reconnaissance des liens de filiation issus d'un processus si marginal dans la pratique pourrait fragiliser l'effectivité du droit est une conclusion excessive. Des considérations similaires incitent à rejeter également le recours à la fraude à la loi comme obstacle à la transcription en France d'actes de naissances d'enfants issus d'une gestation pour autrui et, plus généralement, à la création d'une filiation avec les parents d'intention.

vii. Les arguments à l'encontre de l'invocation de la fraude à la loi

Dans les arrêts du 13 septembre 2013, l'invocation de la fraude à la loi a constitué la raison principale à l'appui du refus de transcription des actes de naissance établis à l'étranger et de l'annulation d'une reconnaissance de paternité d'un enfant issu d'une

[783] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994
[784] V. le dispositif du TGI de Lille, 22 mars 2007, *D.* 2007, pp. 1251-1252, spéc. p. 1252.

gestation pour autrui[785]. La fraude à la loi a également été présentée dans la doctrine comme un argument pertinent dans le contexte du contentieux relatif à la gestation pour autrui[786]. À l'argument fondé sur la fraude, il peut être repliqué que les conditions de son déclenchement en l'espèce ne ressortent pas avec clarté[787]. L'ordre juridique du pays où le processus a eu lieu présente des titres forts quant à l'application de sa loi. En outre, la jurisprudence française ne précise pas quelles sont les dispositions exactes dont l'application serait éludée. Il ne peut être soutenu qu'il s'agit des dispositions relatives à la filiation puisque la Cour de cassation affirme, au moins dans les arrêts du 6 avril 2011, qu' «*une telle situation, … ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit de l'Etat du Minnesota lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France* »[788]. Ceci étant, les effets principaux poursuivis par la convention de gestation pour autrui peuvent être produits en France. En tous les cas, et malgré les décisions de la Cour de cassation du 13 septembre 2013, on constate le caractère fluctuant de la jurisprudence[789] sur la question de la filiation des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui. Ceci permet de soutenir qu'on ne peut pas parler d'une fraude à la loi caractérisée.

En réalité, les dispositions que les parties sont censées contournées selon ces arrêts sont celles qui concernent les conditions d'accès à la gestation pour autrui et en particulier celle de l'interdiction de ce procédé. Toutefois, comme nous l'avons déjà expliqué les dispositions relatives aux conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation sont d'application territoriale et ne dépendent pas de la mise en œuvre des règles de conflit[790]. Partant, dès lors que le champ d'application des dispositions supposées éludées n'est pas déterminé avec clarté, il est erroné de parler de fraude, du moins dans des pays à tradition constitutionnelle libérale comme la France. Pour invoquer la fraude, il faudrait que le caractère extraterritorial des dispositions ressorte du texte avec clarté, ce qui ne semble pas être le cas.

---

[785] Civ. 1re, 13 septembre 2013, n° 1091, *Le procureur général c. M.X.* ; Cass. Civ. 1re, 13 septembre 2013, n° 1092, *M.X. et autres c. Le procureur général.*

[786] V. MIRCOVIC Aude, note sous Rennes, 21 février 2012, n° 11/02758; *D.* 2012, p. 878 ;

[787] Rappr. FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Dans les limbes du droit, À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D* 2013, pp. 2349-2357, spéc. pp. 2352-2353.

[788] Toutes les arrêts reprennent la même formulation : civ. 1re, 6 avril 2011, no 09-66.486, *M. X..., Mme Y c. Procureur général près la Cour d'appel de Paris* ; civ. 1re, 6 avril 2011, no 10-19.053 ; *M. X..., Mme Y c. Procureur général près la Cour d'appel de Paris* ; civ. 1re, 6 avril 2011 no 09-17.130, *M.X. et al. c. Procureur général près la Cour d'appel de Douai.*

[789] V. Rennes, 21 février 2012, n° 11/02758 ; et Rennes, 29 mars 2011, n° 10/02646 acceptant la transcription des actes de naissance indiens établis suite à une gestation pour autrui ; *contra* Rennes, 10 janvier 2012, n° 11/01846. Les deux premiers arrêts ont été cassés par la Cour de cassation le 13 septembre. Pourtant, ils indiquent l'ambiguïté du cadre juridique français par rapport au traitement de la gestation pour autrui.

[790] V. Chapitre 3, section 2 §2.A.1, p. 206 ; c*ontra* SINDRES David, « Le tourisme procréatif et le.. », *op. cit.*

Un argument additionnel permet également de démontrer que les solutions jurisprudentielles ne vont pas dans la bonne direction.

viii. Le laxisme caché de la solution française

À mieux examiner les effets de la jurisprudence française, on constate que celle-ci, loin d'avoir un effet dissuasif les gens pourrait tout bonnement mener à la circulation des liens de filiation créés dans des conditions pires que celles de certains pays qui autorisent, tout en l'encadrant, ledit procédé. En effet, l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger, restera après son retour en France dans tous les cas, comme la jurisprudence nous le montre, dans le foyer des parents d'intention. L'aptitude de ceux-ci en tant que parents ne sera jamais évaluée. En réalité, le refus de reconnaître la situation se matérialise uniquement par l'absence d'établissement du lien de filiation maternelle. De la sorte, tous les couples et même ceux qui souhaitent avoir recours à une gestation pour autrui pour des raisons de convenance ont la garantie du droit français que l'enfant restera avec eux. Par contre, dans les pays autorisant le procédé tout en l'encadrant, il existe souvent une évaluation de l'aptitude des candidats de sorte qu'il soit possible d'exclure les personnes apparemment inaptes à assumer les responsabilités parentales ou le poids psychologique du processus[791]. Ces personnes auront donc plus de chances d'établir des liens de filiation en France que dans un pays ayant adopté un cadre juridique encadrant la technique. En ayant recours à la gestation pour autrui dans un pays où le droit ne prévoit aucune garantie ou contrôle, elles pourront obtenir le résultat souhaité.

En conséquence, et conformément aux arguments présentés ci-dessus, nous croyons que l'invocation de l'ordre public international et de la fraude à la loi dans l'objectif d'empêcher le rattachement de l'enfant avec les parents d'intention et notamment avec la mère d'intention, est inopportune.

En guise de conclusion, il convient de relever l'importance de la compréhension du système de circulation des actes de naissance. Nous avons pu constater, dans les développements qui précèdent, la diversité des formalités que les parents d'intention devaient remplir afin de faire transcrire un acte de naissance établi à l'étranger ou déclarer une naissance survenue à l'étranger. Cette diversité pouvait s'avérer cruciale dans certains cas. Certaines personnes parvenaient à faire transcrire leurs actes de naissance et d'autres

[791] Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que, dans un nombre considérable de pays ayant encadré la gestation pour autrui, l'accès est permis uniquement pour des raisons médicales.

en étaient, par contre, empêchées par la nécessité de produire un certificat d'accouchement. L'insécurité juridique qui en résultait croissait également en raison du manque de clarté des conditions de régularité des actes d'état civil. Malgré cette réalité, on constate que dans toutes les hypothèses il faut contrôler la *lex loci actu* pour vérifier que l'acte est rédigé selon la loi du lieu de son établissement, qu'il n'est pas contraire à l'ordre public international et qu'il n'est pas le résultat d'une fraude. Au-delà de ces conditions, il ressort que la compatibilité ou l'incompatibilité des institutions de l'état civil des différents pays impliqués peut se révéler déterminante pour la possibilité de circulation et d'invocation d'un acte d'état civil. Le contentieux relatif aux actes d'état civil en atteste. Ce contentieux révèle, de plus, les problèmes sérieux auxquels font face les couples ayant eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger. Ceux-ci sont confrontés au refus des autorités françaises de consacrer tout lien de filiation envers la mère d'intention, quelle que soit la nature de ce lien. Cette interdiction de toute forme de consécration d'un tel lien de filiation nous semble critiquable, notamment pour les affaires affectées d'éléments d'extranéité. Elle nous a parue critiquable même pour les cas dont tous les éléments sont localisés en France.

Ceci étant, il est intéressant d'examiner les problèmes qui se sont posés dans un pays qui adopte une approche libérale à l'égard de la gestation pour autrui.

§ 2. Circulation d'une filiation en Grèce

L'étude du cadre juridique grec révèle également l'importance de l'institution de l'état civil pour la circulation des liens de filiation issus d'une gestation pour autrui à l'étranger. L'examen des problèmes de circulation permet de constater que l'obstacle principal à celle-ci est le mécanisme de l'ordre public international. En revanche, la règle de conflit en matière de filiation n'intervient à aucun moment comme obstacle à cette circulation[792]. La résolution des problèmes révèle par ailleurs, d'une part, l'indifférence des juges pour l'internationalité et les liens des affaires avec des ordres juridiques étrangers et, d'autre part, une motivation insuffisante à l'appui de l'exception de l'ordre public. Les observations qui précèdent ressortent aussi bien de l'examen des conditions de reconnaissance d'un lien de filiation (A) que des conditions de circulation des actes de naissance (B).

[792] Rappr. HENRICOT Caroline, « Belgique : La gestation pour autrui en droit international privé », *op. cit.*, pp. 53-55.

A. CONDITIONS DE RECONNAISSANCE D'UN LIEN DE FILIATION

Comme en droit français, la reconnaissance en Grèce d'un lien de filiation établi sans décision judiciaire dépend du droit applicable à la filiation. Il est donc nécessaire de consulter les règles de conflit grecques en matière de filiation. Nous ne reprendrons donc pas ci-après l'analyse effectuée dans la première partie[793]. Les développements qui précèdent relatifs aux circonstances dans lesquelles le problème peut se poser en France valent aussi en l'espèce. Nous passerons d'emblée à la présentation des conditions de régularité d'un jugement portant sur l'état de la personne (1) avant d'examiner la mise en œuvre de ces conditions dans une affaire d'adoption prononcée à la suite d'une gestation pour autrui (2).

1. Conditions de reconnaissance d'un lien de filiation établi par une décision judiciaire

En règle générale, la reconnaissance de la chose jugée d'un jugement étranger relatif au statut personnel dépend de la décision d'un tribunal grec (art. 905 § 4 du Code de procédure civile)[794]. Selon la disposition 905 § 4 du Code de procédure civile, les conditions relatives à la reconnaissance d'un tel jugement sont prévues par l'article 905 §§ 1-3. Ces dispositions prévoient :

> «*1. Sous réserve de ce que les conventions internationales et les règlements de l'Union européenne prévoient, une exécution forcée peut avoir lieu en Grèce sur la base d'un titre étranger, à condition que celui-ci soit déclaré exécutoire par décision du tribunal de première instance du ressort du domicile du débiteur ; dans le cas où celui-ci n'a pas de domicile, par décision du tribunal de la résidence du débiteur et, s'il n'a pas de résidence, par décision du tribunal de la capitale. Le tribunal de première instance statue selon la procédure prévue dans les articles 740-781* [du Code de la procédure civile (ci-après C. proc. civ.)].

[793] V. chapitre 3, section 2, § 1.A.2.

[794] VRELLIS Spyridon, *Droit international privé*, 3ème éd., NOMIKI VIVLIOTHIKI, Athènes, 2008, p. 454 [en grec] ; TSIKRIKAS Dimitrios, « Greece : Chapter 2 : Recognition and Enforcement of Judgments » in *VERSCHRAEGEN B.* (sous la dir. de), *Private International Law*, in *R. Blanpains' International Encyclopaedia of Laws*, Suppl. 22 (juin 2009, pp. 153-155, spéc. p. 154 ; KRISPI-NIKOLETOPOULOU E., « Reconnaissance de la chose jugée d'une décision d'un tribunal étranger concernant le statut personnel », *NoV*, 20 1972, pp. 1-15 ; GESIOU-FALTSI Pelagia, « Questions relatives à la reconnaissance de la chose jugée des décisions étrangères en matière de paternité – Quand est-ce qu'il existe une contrariété à l'ordre public international substantielle et procédurale », *ChrID* 2013, pp. 219-229 [en grec].

2. Le tribunal de première instance déclare le titre étranger exécutoire à condition qu'il soit exécutoire selon le droit du lieu où il a été émis et à condition qu'il ne soit pas contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

3. Dans le cas où le titre étranger est une décision judiciaire, il lui faut, pour être déclaré exécutoire, remplir les conditions de l'article 323 §§ 2-5 [C. proc. civ.] ».

Les conditions énoncées ci-dessus doivent être adaptées à la nature des décisions relatives à l'état civil. Ainsi, il est évident qu'en présence d'une décision concernant le statut personnel, on ne parle pas de caractère exécutoire de la décision, parce que ces jugements produisent leurs effets sans besoin d'exécution en raison de leur nature constitutive[795]. Il suffit donc que ceux-ci aient acquis l'autorité de la chose jugée.

En ce qui concerne les conditions prévues par l'article 323 §§ 2-5 C. proc. civ., qui sont celles requises pour l'effet de la chose jugée sur les décisions contentieuses, il faut tout d'abord que le tribunal étranger ait compétence internationale pour entendre l'affaire (art. 323 § 2 C. proc. civ.)[796]. La compétence internationale du tribunal étranger s'apprécie selon les dispositions relatives à la compétence des tribunaux grecs, adaptées à l'internationalité du litige[797]. Il faut encore que la partie perdante n'ait été privée ni du droit de se défendre ni, plus généralement, de la possibilité de participer au procès, sauf si elle en a été privée par une disposition qui s'applique indifféremment aux étrangers et aux ressortissants du pays auquel appartient le tribunal ayant statué (art. 323 § 3 C. proc. civ.). Le droit à la défense peut aussi être protégé sous le couvert de l'ordre public international (art.323 § 5 C. proc. civ.)[798]. Enfin, il faut que la décision étrangère ne soit pas contraire à une décision –antérieure ou postérieure– d'un tribunal grec, rendue dans la même affaire, entre les mêmes parties (art. 323 § 4 C. proc. civ.) ou contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public (art. 323 § 5 C. proc. civ.).

Les conditions qui viennent d'être mentionnées concernent des décisions qui relèvent de la juridiction contentieuse. Une procédure différente est prévue pour la reconnaissance des décisions qui relèvent de la juridiction gracieuse. La question de la

---

795 VRELLIS Spyridon, *Droit international privé*, 3ème éd., NOMIKI VIVLIOTHIKI, Athènes, 2008, p. 455 [en grec] ;

796 VRELLIS Spyridon, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 448 [en grec].

797 VRELLIS Spyridon, *Droit international privé*, 3ème éd., *op.cit.* pp. 449-450 [en grec] ; GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé*, 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS, 2010, p. 400 [en grec].

798 VRELLIS Spyridon, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 451, note 9, où l'auteur renvoie sur cette question à des décisions [en grec]; TSIKRIKAS Dimitrios, « Greece : Chapter 2 : Recognition and Enforcement of Judgments » in *VERSCHRAEGEN B.* (sous la dir. de), *Private International Law*, in *R. Blanpains' International Encyclopaedia of Laws*, Suppl. 22 (juin 2009, pp. 153-155, spéc. p. 155 ; GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 400.

nature de la procédure est considérée comme une question procédurale et elle est par conséquent soumise à la *lex fori*[799]. Ainsi, le juge grec, pour répondre à la question de savoir si les décisions étrangères sont de nature gracieuse, examinera si elles sont rendues dans des matières, qui sont selon le code de procédure civil grec, soumises à la juridiction gracieuse[800]. C'est le cas des décisions d'adoption (articles 739 et 800 C. proc. civ) et des décisions d'autorisation en matière de gestation pour autrui (art. 739 et 799 C. proc. civ.). La reconnaissance des décisions de juridiction gracieuse est soumise aux conditions prévues par les articles 780 et 905 § 4 du Code de procédure civil grec[801]. Selon ces dispositions ces décisions sont reconnues à condition, d'une part, que le juge étranger ait appliqué le droit substantiel qui serait désigné applicable selon le droit grec et qu'il soit compétent selon les règles du pays dont la loi substantielle a été appliquée et, d'autre part, que la décision ne soit pas contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Il faut noter que, selon une interprétation flexible de ladite disposition, le juge étranger ne doit pas nécessairement avoir appliqué les mêmes dispositions que le juge grec appliquerait, mais seulement arriver à la même conclusion que le dernier.

Il est intéressant de relever qu'en Grèce, la poursuite de la reconnaissance d'une décision en matière de statut personnel nécessitera une procédure spécifique. Par contre, si l'existence du statut personnel est invoquée de manière incidente dans le cadre de la mise en œuvre d'un règlement de l'Union européenne, le juge pourra répondre directement à ce problème. Il convient dans tous les cas de noter que, jusqu'à ce jour, il n'y a pas eu de décision judiciaire ayant comme objet principal la reconnaissance d'un lien de filiation consacré par jugement à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Il y a eu une seule décision portant sur la reconnaissance d'une décision prononçant l'adoption des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui à l'étranger.

---

799 KERAMEUS Konstantinos, « Reconnaissance des décisions étrangères de la juridiction gracieuse », in *Études juridiques*, t. IV, Maison d'éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, pp. 787-796, spéc. p. 790.

800 KERAMEUS Konstantinos, *ibid.*

801 PANOPOULOS Georgios, « GREECE : Chapter 5 Family », in VRELLIS Spyridon, *GREECE*, *International Encyclopedia of Private International Law*, *VERSCHRAEGEN Bea* (sous la dir. général de), n° 394-1 (à paraître) ; KEKE Maria, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit procédural international*, *jurisprudence commentée*, Nomiki Vivliothiki, Athènes, 2008, pp. 145-149 [en grec] ; Pour une mise en œuvre des conditions de reconnaissance d'une décision d'adoption v. Aréopage, ass. plén, 17/2008, banque de données Nomos [en grec]. Il s'agit de l'arrêt grecque portant sur l'affaire *Negrepontis* porté devant la Cour européenne des droits de l'homme ; V. aussi la décision du TPI de Thessalonique 7013/2014, *op.cit.*, où les juges dans un *obiter dictum* prennent position en faveur de l'application des articles 323 et 905 du Code de procédure civile aux conditions de reconnaissance d'une décision étrangère d'adoption.

2. Mise en œuvre des conditions dans le cas d'une adoption à la suite d'une gestation pour autrui

Le recours à l'assistance médicale à la procréation n'est pas toujours couronné par la création automatique d'un lien de filiation. Il arrive que la personne qui a eu recours au procédé d'assistance, se lie à l'enfant né au moyen d'une adoption. C'est ce qui s'est produit dans une affaire très originale menée à la connaissance des juridictions grecques. Dans cette affaire[802] une femme ayant sa résidence habituelle en Grèce, médecin de profession, a fait extraire de manière illégale le matériel génétique de son fils décédé dans un accident de voiture. Elle s'est par la suite rendue en Russie où elle a eu recours à deux procédés de gestation pour autrui avec le matériel génétique de son fils[803] à l'aide de deux femmes différentes. Quatre enfants, trois garçons et une fille, sont nés de deux gestations pour autrui. La femme a tenté sans succès de créer des liens de filiation avec eux une fois de retour en Grèce. Pour cette raison, elle est rentrée en Russie où elle a pu procéder à l'adoption des enfants. La reconnaissance de la décision d'adoption a été demandée devant le tribunal de première instance de Thessalonique. Le juge a rejeté la reconnaissance de la décision étrangère pour contrariété à l'ordre public international.

En l'espèce, les faits surprennent et provoquent l'émoi. Le déclenchement de l'ordre public international paraît de prime abord une réaction logique. Le juge à l'appui de son raisonnement souligne le fait que la fertilisation *post mortem* et les gestations pour autrui qui ont lieu à l'étranger, étaient conduites selon le droit russe et que la procédure suivie était contraire aux règles grecques y afférentes. La mère d'intention n'avait pas de problème médical l'empêchant de porter un enfant et elle avait dépassé l'âge légal, selon le droit grec, pour l'accès à l'assistance médicale à la procréation. En outre, le fils décédé n'avait pas consenti à l'utilisation de son matériel génétique *post mortem* et la requérante n'a pas eu une autorisation judiciaire à procéder à une insémination *post mortem*. L'application d'un cadre juridique substantiellement différent du cadre juridique grec a

802 TPI de Thessalonique 7013/2014, *Efarmoges Astikou Dikaiou* 2013, p. 340, observations par PANTELIDOU D. Kalliroi [en grec] ; *Armenopoulos* 2013, p. 1291, commentaire par ANTHIMOS Apostolos [en grec] ; PAPADOPOULOU Dimitra, « *Post mortem* artificial fertilisation and surrogacy in practice », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 113-120 ; ROKAS A. Konstantinos, « Difficulties of recognition in Greece of parentage links created in foreign legal orders following recourse to techniques of medically assisted reproduction », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 463-470, spéc. pp. 464-465.

803 Il ne ressort pas de la décision grecque à qui appartenaient des ovules mais il paraît qu'il s'agissait des ovules des gestatrices. KOTZAMPASI Athina, « Bonds of love or bonds of blood ? … » , *op.cit.* , *supra*, p. 309.

permis également l'invocation d'un argument reposant sur la fraude malgré le fait que la fraude ne constitue pas en droit grec un obstacle à la reconnaissance de jugements étrangers. Pour ces raisons, le Tribunal a conclu que : « *la solution accordée par la décision étrangère développe dans le territoire grec des conséquences juridiques qui sont en conflit avec des principes fondamentaux dominants en Grèce qui reflètent des conceptions sociales, religieuses, morales et autres conceptions généralement acceptées ; qui régissent et règlementent de manière stable les relations sociales en Grèce et constituent une barrière pour l'application dans le for des règles d'un droit étranger qui peut créer une distorsion du rythme de vie dominant dans le pays […]en l'espèce il n'existe aucun doute que ce qui est en cause est la cohérence du droit de la famille et plus généralement du droit privé comme un système des valeurs ….parce que nous sommes conduits au paradoxe de reconnaître comme mère des enfants la grand-mère biologique alors que ni les conditions de l'adoption ni celles relatives à l'assistance médicale à la procréation du droit grec ne sont pas respectées* ».

Il convient de noter qu'après cette décision la femme a pu obtenir auprès des tribunaux grecs la garde des enfants et en même temps elle a engagé une action dans le but de faire reconnaître la paternité de son fils[804].

La décision qui vient d'être examinée est exceptionnelle par rapport aux affaires relatives à la circulation des liens de filiation. Beaucoup plus fréquentes ont été les affaires portées à la connaissance des autorités administratives grecques qui concernent la circulation des actes d'état civil.

B. CONDITIONS DE CIRCULATION DES ACTES DE NAISSANCE

Des problèmes d'intelligibilité du système de circulation des actes d'état civil et la place résiduelle des considérations de droit international privé se constatent aussi lorsde l'examen des conditions de circulation des actes d'état civil (1) et de la mise en œuvre de ces conditions (2).

1. Conditions de circulation d'un acte de naissance

Bien que l'art. 905 § 4 C. proc. civ. requiert une procédure pour qu'un jugement portant sur le statut personnel soit reconnu, il se peut que les personnes intéressées tentent de se prévaloir de leurs liens de filiation par le biais d'une transcription de leur acte d'état civil.

[804] L'action visant à la reconnaissance de la paternité est fixée pour le 14 octobre 2016. Nous tenons à remercier Madame Stamatia PAGOUTSOU, avocate au barreau de Thessalonique, avocate de la requérante dans les affaires en cause pour avoir eu la gentillesse de nous communiquer ces informations.

En Grèce, un registre spécial est tenu auprès du service de l'état civil d'Athènes sur lequel sont transcrits les actes de l'état civil établis à l'étranger (v. art.s 42 et 43 de la loi n° 344/1976 portant sur les actes de l'état civil).

En Grèce comme en France, on examine lors de la transcription d'un acte d'état civil rédigé à l'étranger les conditions selon lesquelles celui-ci a une valeur probante (articles 41 et 44 al. 2 de la loi n° 344/1976 portant sur les actes de l'état civil et les articles 438 et 439 C. proc. civ.)[805]. Le contrôle effectué par l'officier de l'état civil est en principe un contrôle de forme. L'article 41 de la même loi prévoit que :

> « *Les actes d'état civil relatifs à la naissance, au mariage ou au décès d'un ressortissant grec qui ont été faits à l'étranger par des autorités étrangères font foi aussi en Grèce à condition que les formes prévues par la loi du lieu de leur rédaction soient remplies* ».

Le contrôle ne s'étend donc pas à la loi appliquée par l'autorité locale qui régit l'évènement relatif à l'état civil pour lequel l'acte sera dressé. Ainsi, les autorités consulaires du lieu où l'acte a été rédigé effectuent un contrôle de forme des actes d'état civil établis en pays étranger qui concerne leur authenticité et leur contenu[806]. À la suite de ce contrôle, l'acte doit être envoyé à l'officier de l'état civil d'Athènes accompagné d'une traduction, pour qu'il soit inscrit dans le registre spécial[807].

Cependant, si l'acte d'état civil présente des indices démontrant que la filiation en cause pourrait être contraire au droit grec ou à l'ordre public international, l'officier de l'état civil du registre spécial –qui est tenu à Athènes– peut étendre son contrôle à des questions touchant le fond. Dans ce cas, il examine si la loi appliquée par l'autorité locale ayant dressé l'acte d'état civil est contraire à l'ordre public international au sens de l'article

---

[805] V. aussi le n° 8.1.2. dans le *Guide pratique international de l'état civil*, établi par la Commission internationale de l'état civil, Berger-Levrault, à jour le 01/09/85 et le n° 8.1.2.1. p. 46, dans la version actualisée des réponses grecques du février 2006 sur le site suivant : <www.ciec1.org> dernière visite le 12.10.2016 ; v. l'avis du Conseil juridique de l'État 595/1998 du 07 octobre 1998 [en grec] consultable sur le site suivant : <http://www.nsk.gr/web/nsk/anazitisi-gnomodoteseon> dernière visite le 12.10.2016 ; v. aussi lq réponse de la Direction générale de soutien administratif/Direction d'état civil et d'état municipal/Département des registres et des officiers de l'état civil/Ministère de l'intérieur, 118300/24263/02.04.2009 adressée à la Direction du Registre spécial de l'état civil, au département des naissances et des baptêmes [non plubliée – en grec].

[806] GUYON-RENARD Isabelle, « La fraude en matière d'état civil dans les États-membres de la CIEC », p. 13 ; édition actualisée en 2000 de l'étude parue dans la *Rev. crit DIP* 1996, pp. 541-571 consultable sur le site suivant :
<http://ciec1.org/WD210AWP/WD210Awp.exe/CONNECT/SiteCIEC?_WWREFERER_=http%3A%2F%2Fciec1.org%2F&_WWNATION_=5> dernière visite le 12.10.2016.

[807] V. l'art. 44 al. 2 de la loi n° 344/1976 ; v. aussi GUYON-RENARD Isabelle, *ibid.*

33 du Code civil[808]. Ce contrôle peut donc amener au refus de transcription d'un acte d'état civil établi à l'étranger. Certes, la décision de l'officier de l'état civil à propos de la transcription d'un acte d'état civil étranger n'affecte pas directement la question de la reconnaissance du lien de la filiation. Toutefois, l'argumentation utilisée en faveur ou à l'encontre de la transcription d'un acte d'état civil peut également être invoquée dans le contexte d'un procès portant sur la question de la filiation.

L'examen de l'ordre public pourrait devenir plus systématique en raison de la position exprimée par le service juridique du ministère de l'intérieur dans un avis rendu le 24 novembre 2015[809]. Dans cet avis, postérieur à l'adoption de la loi 3089/2002 portant sur l'assistance médicaleme à la procréation, la position exprimée est d'exiger, pour toute demande de transcription d'un acte de naissance dressé à la suite d'une gestation pour autrui, la reconnaissance, soit de la décision étrangère ayant fourni l'autorisation, soit de l'acte public étranger. La portée de ce document pour la pratique des autorités consulaires n'est pas certaine. Il pourrait signaler un changement dans le traitement des actes d'état civil étranger. Il faut toutefois rappeler l'observation faite à propos du cadre juridique français, que les actes de naissance établis à l'étranger ne portent pas mention du processus suivi pour la naissance de l'enfant. De plus, la Grèce n'a pas mis en place de système garantissant systématiquement la vérification de la survenance d'une gestation pour autrui à l'étranger. Du reste, l'argumentation relative au recours à l'exception de l'ordre public international développé dans ce contexte a sa valeur également pour toute autre procédure pendant laquelle cette interrogation pourrait se poser.

Par ailleurs, l'importance de l'état civil a pu également être ressentie en pratique comme il ressort des affaires dans lesquelles les conditions de transcription des actes de naissance établis à l'étranger ont été mises en œuvre.

2. Mise en œuvre des conditions de circulation d'un acte de naissance

Il nous incombe maintenant d'examiner comment ces conditions de circulation des actes d'état civil sont mises en œuvre (a) avant de tenter une appréciation critique de ces affaires (b).

---

[808] V. l'avis du Conseil juridique de l'État 595/1998 du 07 octobre 1998 [en grec] consultable sur le site suivant : <http://www.nsk.gr/web/nsk/anazitisi-gnomodoteseon> dernière visite le 12.10.2016 ; v. aussi la réponse de la Direction générale de soutien administratif/Direction d'état civil et d'état municipal/Département des registres et des officiers de l'état civil/Ministère de l'intérieur, 118300/24263/02.04.2009 adressée à la Direction du Registre spécial de l'état civil, au département des naissances et des baptêmes [non publiée – en grec].

[809] Avis préc. *supra*, chapitre 3, section 2 §2.A.1., p. 211, note 470.

a. Affaires relatives à la transcription d'un acte de naissance

En 1998, quatre ans avant l'adoption de la loi sur l'assistance médicale à la procréation, une affaire impliquant la transcription d'un acte d'état civil était portée devant les autorités grecques[810]. Il s'agissait d'un couple de Grecs ayant eu recours à une gestation pour autrui en Angleterre. Le couple avait contribué avec son matériel génétique et une femme de nationalité anglaise avait porté l'enfant. Un acte d'état civil était établi en Angleterre dont la transcription était sollicitée au registre spécial de Grèce. L'acte mentionnait le couple grec en tant que parents de l'enfant. En présence de cette demande, la Direction du registre spécial avait interrogé le Conseil Juridique de l'État[811] si cet acte d'état civil pouvait être transcrit en Grèce.

Pour répondre à cette question, le Conseil juridique de l'État a examiné si la transcription d'un acte mentionnant comme parents deux personnes de nationalité grecque ayant fourni leur matériel génétique pour la conception d'un enfant qui serait porté par une femme anglaise, est contraire à l'ordre public international et aux bonnes mœurs (article 33 du Code civil). Le Conseil juridique a pris en considération la règle de principe de l'article 1463 du Code civil qui prévoit comme mère la femme ayant porté l'enfant. Il a noté toutefois que l'évolution de l'assistance médicale à la procréation, comme celle-ci se constate par les faits de l'affaire en cause, ne va pas à l'encontre de la protection constitutionnelle de la famille. Cette considération l'a conduit à conclure à l'absence de contrariété à l'ordre public. Une tendance libérale à l'égard des processus d'assistance médicale à la procréation se dégageait de cette réponse qui n'a toutefois pas été élargie à d'autres liens de filiation inédits.

Malgré le fait que la Grèce ait autorisé la gestation pour autrui sous certaines conditions, des Grecs se déplacent, pour des raisons différentes, vers d'autres pays pour avoir recours à une gestation pour autrui. L'affaire suivante en atteste[812]. Un couple de Grecs résidant au Royaume-Uni avait décidé d'avoir recours à une gestation pour autrui

[810] Avis du Conseil juridique de l'État 595/1998 du 07 octobre 1998 [en grec], *op.cit.*

[811] Le Conseil Juridique de l'État est une institution de l'État ayant comme mission principale la défense en justice des intérêts étatiques. En parallèle, il guide l'administration publique dans son rôle en fournissant des avis juridiques. Son rôle est prévu par l'article 100A de la Constitution grecque : pour plus d'informations quant à son rôle v. <http://www.nsk.gov.gr/web/nsk/to-nsk> [en grec] dernière visite le 12.10.2016.

[812] Nous tenons à remercier le Médiateur grec et en particulier Madame Maria BLIATI, conseillère juridique auprès du Médiateur grec pour nous avoir communiqué les détails de cette affaire.

en Géorgie[813]. Après la réalisation du procédé, ils avaient tenté de venir en Grèce pour faire transcrire l'acte de naissance dans le registre spécial à Athènes. Leur démarche pour revenir en Grèce a rencontré des obstacles probablement en raison des difficultés pour l'obtention des documents de voyage pour l'enfant[814]. Après une communication de l'Ambassade grecque en Géorgie avec le ministère des affaires étrangères, une autorisation temporaire leur était accordée pour leur entrée dans le pays. Une fois en Grèce, ils ont initié la procédure nécessaire pour la transcription des actes de naissance étrangers. Il est intéressant de noter que le couple n'avait pas informé les officiers du registre spécial que les actes d'état civil avaient été dressés à la suite d'une gestation pour autrui. Ainsi, l'officier du registre spécial qui était initialement enclin à procéder à la transcription des actes étrangers, a finalement fait marche arrière. L'officier craignait que les actes puissent dissimuler une affaire de *trafficking*. Le dossier était donc transmis au procureur général et une enquête était entamée par la police. Le couple était contraint de rester en Grèce et d'abandonner ses activités professionnelles au Royaume-Uni en attendant une solution à ses problèmes.

Deux enseignements sont à tirer de cette affaire. Le premier révèle le flou des conditions de contrôle des actes d'état civil établis à l'étranger. Le deuxième permet d'observer la nouvelle réalité qui se forme en matière du droit de la filiation, insuffisamment prise en considération par l'Institution de l'état civil. L'ensemble des affaires menées à notre connaissance attestent du besoin de repenser le système de l'état civil. Il faut toutefois éviter de créer un système lourd rendant encore plus difficile la circulation des actes de naissance. Au-delà de ces observations, force est de constater que, dans les deux affaires présentées ci-dessus, le problème de circulation des actes de naissance n'était pas directement lié à la contrariété du lien de filiation constaté à l'ordre public international. Du moins, le lien de filiation ne constituait pas l'objet principal du contrôle. Par conséquent, la résolution de la question de la transcription des actes d'état civil ne préjugeait pas de manière définitive la réponse à celle de la reconnaissance des liens de filiation issus d'une gestation pour autrui. Cependant, l'argumentation avancée par le Ministère public dans le contexte de la première affaire pourrait être reprise dans le contexte d'un autre différend. C'est la raison pour laquelle nous tenterons d'évaluer ci-

[813] Il n'est pas clair pourquoi ils ont eu recours à la gestation pour autrui en Géorgie. Une raison pourrait être qu'ils ne remplissaient pas la condition de l'article 8 de la loi 3089/2002 exigeant que la demanderesse ait sa résidence en Grèce. Il se peut d'ailleurs qu'il soit plus facile de trouver en Géorgie une mère porteuse ou que le coût du processus serait moins élevé.

[814] Il n'est pas clair pourquoi les autorités consulaires ne se sont pas appuyées sur l'acte de naissance géorgien pour accorder la nationalité grecque à l'enfant.

après l'argument relatif à la contrariété de ces liens de filiation à l'ordre public international.

b. Appréciation du recours à l'ordre public international

L'ordre public était l'argument invoqué dans l'une seulement des affaires qui viennent d'être examinées, celle impliquant une gestation pour autrui et une fécondation *post mortem*[815]. Et le recours à ce mécanisme peut paraître tout à fait raisonnable dans une affaire qui est hors du commun et qui semble avoir donné lieu au contournement de plusieurs règles de droit. Cependant, cette position doit être rejetée. Certes, le refus de reconnaissance d'une décision étrangère soulevant des questions d'ordre moral a été accueilli de manière positive par une partie de la doctrine du droit privé[816]. Le fait que la personne se déplace dans un ordre juridique pour obtenir quelque chose qui n'est pas permis dans le pays de sa résidence habituelle semble constitutif d'un détournement que le juge ne devrait pas supporter. Cependant, cette réponse fait abstraction des éléments d'internationalité présents dans une affaire telle que celle amenée à la connaissance du juge grec. En raison du caractère international de l'affaire, il sera impossible à l'État de chercher à établir un quelconque lien avec les gestatrices qui, selon le droit grec, doivent être considérées comme les mères des enfants en l'absence de décision d'autorisation de la gestation pour autrui. Par conséquent, le refus de reconnaissance laisse quatre enfants sans lien de parenté. Le fait que l'enfant soit lié génétiquement avec le fils de la requérante ne suffit pas pour créer un lien de parenté entre elle et les enfants et, par conséquent, permettre aux enfants d'obtenir des droits à sa succession. Les enfants étant nés après le décès de leur géniteur, il n'existe aucun acte officiel en Grèce ou en Russie affirmant un lien de parenté avec lui. Et il est fort improbable que les autorités grecques s'engageront dans une action visant à établir un lien de filiation avec la grande-mère biologique après son décès.

[815] Sur l'appréciation de cette décision v. aussi notre article ROKAS A. Konstantinos, « Difficulties of recognition in Greece of parentage links created in foreign legal orders following recourse to techniques of medically assisted reproduction », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 463-470, spéc. p. 467 *et seq.*

[816] V. entre autres PAPADOPOULOU Dimitra, « *Post mortem* artificial fertilisation and surrogacy in practice », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 113-120.

Nous avons toutefois constaté que la femme qui a eu recours à la gestation pour autrui a intenté une action en reconnaissance de la paternité du fils prédécédé. Cette action, qui pourrait être une solution, ne sera toutefois pas d'un grand secours si le raisonnement adopté par le juge dans la décision de refus de reconnaissance de l'adoption est suivi jusqu'au bout. Pour que les enfants aient un lien avec leur grande mère biologique, il faudrait au préalable faire établir un lien avec le géniteur prédécédé. Cependant, en droit grec, le fondement pour la création d'un tel lien à la suite d'une fertilisation artificielle effectuée *post mortem* est le consentement notarié et l'autorisation judiciaire pour procéder à ce processus. Ainsi, l'application du droit grec de la filiation, applicable à cette action de reconnaissance, devrait aussi rendre impossible la reconnaissance du lien de filiation avec le géniteur. Et si jamais les juges arrivaient à la conclusion opposée, il serait difficile de comprendre le refus de reconnaissance des décisions d'adoptions prononcées à l'étranger.

L'analyse qui précède démontre que les juges méconnaissent des problèmes pratiques qui vont surgir lors de la vie des enfants. Ainsi, les enfants n'auront par exemple pas en Grèce de parent légal reconnu en droit pouvant consentir à une opération médicale. De plus, la perception du juge dans la confrontation de la décision avec l'ordre public international est parcellaire. Elle l'est parce qu'elle méconnaît l'existence, en Grèce, de décisions ayant prononcé en faveur de parents d'intention une adoption lorsqu'une gestation pour autrui n'avait pas été effectuée conformément aux conditions du droit grec[817]. Certes, il faut relever qu'une partie de la doctrine a été hostile au recours à l'adoption en présence de processus d'assistance médicale à la procréation menés en violation des conditions légales. Il n'en reste pas moins que l'acceptation de l'adoption pour des cas confinés dans l'ordre juridique grec rend difficile de parler d'une contrariété caractérisée lorsque la même solution avait été retenue à l'étranger dans des circonstances similaires[818].

Ensuite, en termes de technique d'appréciation de l'ordre public, les termes utilisés par le juge prêtent à la confusion. Il insiste sur le fait que cette situation n'aurait pas pu être créée selon les dispositions du droit grec. Cette façon de raisonner indique une confusion quant au fonctionnement du mécanisme de l'ordre public. Aussi bien en

---

[817] TGI de La Canée 122/2008, [en grec] base de données Nomos ; <www.lawdb.intrasoftnet.com> ; note par PANOU Chrysoula, « Panorama critique de la jurisprudence hellénique de droit international privé (année 2008) », *RHDI* 2009, p. 297 ; TGI de La Canée 20/09.10.2008 [non publiée – en grec]. Dans cette affaire, le Tribunal a accepté de prononcer l'adoption en faveur des parents d'intention.

[818] On parle de circonstances similaires en ce que l'affaire envisagée impliquait aussi une violation des conditions du droit grec.

droit international privé français que grec le juge est censé de se préoccupper de l'effet *in concreto* d'une décision étrangère à son ordre juridique et non de la question de savoir si cette situation aurait pu être constituée valablement selon les dispositions de son droit[819]. Le juge semble accepter cette vision quant à la mise en œuvre de l'ordre public lorsqu'il parle de contrariété aux « *principes fondamentaux* ». En dehors toutefois du raisonnement finalement adopté à l'appui de cette décision, il est difficile de partager sa conclusion. La reconnaissance d'une telle décision si rare et si exceptionnelle n'est pas à même de créer un risque pour la cohérence du droit de la famille et des valeurs inhérentes de l'ordre juridique grec. Enfin, même si l'objectif d'assurer le respect de la réglementation d'assistance médicale à la procréation est louable, ce respect devrait être assuré dans des circonstances similaires par d'autres moyens, comme un contrôle plus strict des pratiques des centres d'assistance médicale à la procréation.

Arrivant à la fin de l'examen des conditions de reconnaissance des liens de filiation et des conditions de transcription des actes de naissance en France et en Grèce, on peut constater les difficultés de circulation des liens de filiation. Nombre de problèmes liés à la circulation des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation se présentent au moment de la transcription des actes de naissance. Parvenir à transcrire l'acte de naissance peut à la fois résoudre tout problème ou alors provoquer un contentieux long et coûteux. Les difficultés liées à la transcription des actes d'état civil sont liées, dans une certaine mesure, à l'ambiguïté du régime de contrôle. Dans les deux ordres juridiques examinés, ce contrôle, qui est en principe un contrôle de forme, porte sur l'authenticité des actes et l'exactitude des mentions y figurant. Un contrôle de fond est cependant aussi effectué, notamment pour les cas les plus sensibles. Celui-ci consiste à vérifier la conformité à l'ordre public international et en même temps à s'assurer que l'acte établi n'est pas le résultat d'une fraude. Toutefois, les termes de l'examen de ces deux conditions ne sont pas toujours clairs et les raisons avancées à l'appui de leur invocation ne sont pas toujours suffisamment justifiées. Elles aboutissent à une prise en compte insuffisante des données d'extranéité des affaires examinées. La circulation des liens de filiation s'en retrouve ainsi gênée, sans pour autant que cela exclut de manière absolue la reconnaissance des liens de filiation qui subsisteront *de facto* dans l'ordre

[819] V. BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé/1*, *Partie générale*, 3ème éd., Thémis droit, PUF, 2014, pp. 306-307, n° 268 ; En droit international privé grec v. VASSILAKAKIS Evangelos, GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, *Droit international privé*, 4ème éd., [en grec], Thessalonique, 2010, p. 400.

juridique de réception. Les problèmes liés à la circulation des liens de filiation tissés en faveur de couples de même sexe présentent aussi bien des similitudes que de différences.

SECTION 2

CIRCULATION DES FILIATIONS ISSUES D'UNE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

La circulation de liens de filiation issus d'une procréation médicalement assistée qu'on examinera ci-après attire l'attention notamment en raison de la configuration des rapports de parenté inédits. Les écueils à la circulation de ces liens de filiation sont liés à la consécration de nouveaux types de liens comme ceux tissés en faveur de deux personnes de même sexe ou encore ceux tissés entre un enfant conçu *post mortem* et son père prédécédé. Le problème le plus épineux concerne la circulation du double lien de filiation monosexué. Dans ce cas également, l'ordre public international et la fraude s'érigent en obstacles principaux à la reconnaissance et la circulation de ces liens de filiation. Le recours à ces deux mécanismes est souvent le résultat d'un réflexe quasi-automatique qui n'est pas appuyé par des arguments solides. Le juge confronté à des institutions inédites se retranche derrière une conception de l'ordre public international dans laquelle des considérations d'importance pour le droit international privé sont insuffisamment appréciées, voire inexistantes. L'aperçu commencera par l'examen de la circulation de liens de filiation en Grèce, pays restrictif en ce qui concerne la reconnaissance de liens de filiation en faveur de couples de même sexe (§1) pour venir par la suite en France, qui dans ce domaine précis, se range –avec une certaine hésitation– parmi les législations européennes permettant la création de ce type de liens (§ 2).

§ 1. La circulation de liens de filiation en Grèce

La protection des droits de couples de même sexe en Grèce reste largement insuffisante. La même constatation vaut d'autant plus pour des liens de filiation tissés en faveur des couples de même sexe. L'invocation de l'ordre public fonctionne presque comme un réflexe sans qu'elle soit toujours appuyée par une argumentation solide. L'élément qui manque en particulier dans la mise en œuvre de ce mécanisme d'exception est l'appréciation des liens que certaines affaires entretiennent avec des pays tiers reconnaissant des filiations de ce type. Il est intéressant de relever, que dans le contexte

où ce problème est apparu, la règle de conflit bilatérale a pu être un argument en faveur de la reconnaissance de ces liens de filiation. Et même si cette invocation a été faite dans un cadre où son application est exclue, elle indique que certaines considérations qui animent la règle de conflit méritent une attention plus importante au stade de la mise en œuvre de l'ordre public. Nous commencerons par examiner comment l'ordre public a pu être érigé comme obstacle à la circulation de liens de filiation tissés en faveur de couples de même sexe (A) avant de tenter une appréciation critique (B).

A. L'ORDRE PUBLIC COMME OBSTACLE

Le nombre d'affaires ayant posé le problème de la reconnaissance de liens de filiation tissés à la suite d'une procréation médicalement reste limité. Il existe des raisons valables à penser qu'il va prochainement augmenter. Les problèmes que soulève l'application de l'ordre public international seront présentés par l'examen, dans un premier temps, d'une gestation pour autrui en faveur d'un couple d'hommes (b) et, dans un second temps, d'une filiation créée en faveur d'un couple de femmes issue d'une procréation médicalement assistée (b).

1. Gestation pour autrui à l'étranger en faveur d'un couple d'hommes

Une affaire impliquant un couple d'hommes, dont l'un Grec-Australien, Monsieur P. M. P. et l'autre Néerlandais-Australien, Monsieur B. M. P. s'était présentée devant les autorités grecques[820]. Les deux hommes avaient eu recours à une gestation pour autrui en Californie. Le 24 janvier 2002, ils ont obtenu un jugement par le *Superior court of the State of California* les reconnaissant comme parents et leur attribuant tous les droits sur les enfants à naître par la mère porteuse[821]. Le même jugement donne l'ordre aux officiers responsables des registres relatifs au statut personnel d'inscrire l'homme Grec-Australien,

[820] L'affaire est venue à notre connaissance grâce à Mme Maria BLIATI, conseillère juridique auprès du Médiateur grec. Tous les documents de l'administration grecque nous ont été communiqués par le Médiateur grec avec l'autorisation du couple de Messieurs P. M. P.et B. M. P. Pour une affaire similaire en Belgique, impliquant deux hommes ayant eu recours à une gestation pour autrui en Californie, v. Tribunal civ. Huy (4e ch.), 22 mars 2010, note par GALLUS Nicole, « Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil », *Journal des tribunaux* 2010, pp. 420-424.

[821] Los Angeles Superior Court, 24 janvier 2002, case n° BF019948 (non publié) ; nous tenons à remercier le couple de Messieurs P. M. P et B. M. P. pour nous avoir communiqué la décision californienne, les actes de naissance établis en Californie et les certificats de la citoyenneté australienne.

Monsieur P. M. P., père génétique, comme père et Monsieur B. M. P., comme deuxième parent sur la case portant l'indication de mère.

À la suite du procédé, des jumeaux étaient nés et le couple a effectué les démarches nécessaires auprès du consulat australien pour que les enfants obtiennent la nationalité australienne. Le couple et les enfants ont pu rentrer sans problème en Australie où ils avaient leur résidence habituelle. Quelques années après leur rentrée en Australie, Monsieur P. M. P. a initié une procédure pour que les enfants obtiennent aussi la nationalité grecque. Il s'était adressé aux autorités consulaires grecques à *Brisbane* en Australie. Les autorités consulaires de *Brisbane* s'étaient mises en contact avec le consulat grec à Los Angeles pour obtenir des informations sur la naissance et le statut juridique des enfants. En février 2008, le Consulat de Los Angeles s'adressait à l'autorité compétente du ministère de l'intérieur grec pour demander des clarifications sur le statut légal des enfants nés aux États-Unis. La réponse du ministère concernant la possibilité de faire transcrire les actes de naissance américains a impliqué plusieurs tentatives de communication et l'engagement du Médiateur grec[822].

La réponse du ministère de l'intérieur a été rendue à la suite d'une question formulée par la Direction du registre spécial et elle est intéressante à plusieurs égards [823]. Elle apporte certaines clarifications sur le régime du contrôle des actes d'état civil étrangers tout en indiquant l'incertitude relative aux conditions selon lesquelles ce contrôle doit être effectué. Du reste, l'argumentation développée par le ministère démontre l'embarras des fonctionnaires responsables devant un lien de filiation inédit.

Le ministère rappelle, dans son analyse, les raisons pour lesquelles une personne peut –selon le droit grec– avoir recours à une assistance médicale à la procréation. Il indique que ce recours est permis en principe pour des raisons médicales ou dans le but d'éviter la transmission d'une maladie. Ce rappel des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation aurait pu se révéler pertinent dans le cas d'une fraude à la loi grecque. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Le couple vivant en Australie, il ne s'agit pas de contourner les dispositions grecques relatives aux conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation. L'invocation des actes d'état civil étrangers n'avait pas non plus comme objectif de se prévaloir des liens de filiation en Grèce. La procédure de

[822] Réponse de la Direction générale de soutien administratif/Direction d'état civil et d'état municipal/Département des registres et des officiers de l'état civil/Ministère de l'intérieur, 118300/24263/02.04.2009 adressée à la Direction du Registre spécial de l'état civil, au département des naissances et des baptêmes [non publiée – en grec].

[823] La dénomination exacte de cette agence étatique est Direction du registre spécial-département des naissances et des baptêmes.

transcription était engagée afin que les enfants puissent obtenir aussi la nationalité grecque[824]. La référence aux dispositions relatives aux conditions d'accès peut néanmoins être considérée comme un élément nécessaire à prendre en considération pour l'interprétation de la teneur de l'ordre public grec. En effet, pour le ministère, l'officier de l'état civil du registre spécial, bien qu'il soit limité au contrôle des éléments de forme de l'acte public étranger, vérifie aussi si la loi appliquée à l'établissement de l'acte d'état civil à l'étranger est contraire à l'ordre public international au sens de l'article 33 du Code civil[825]. C'est sur cette condition que l'administration avait fondé sa réponse.

En ce qui concerne le contrôle relatif à l'ordre public, il convient tout d'abord d'observer que le ministère ne précise pas quel est son objet. Il n'explique pas si la contrariété résulte de l'établissement de l'acte ou de la filiation constatée dans celui-ci. Ensuite, il n'indique pas non plus la norme étrangère dont l'application est sous son contrôle. Il ne précise pas s'il s'agit de la décision du tribunal californien ou si c'est le droit applicable au lien de filiation. Il fait une simple référence au droit californien relatif à la gestation pour autrui sans préciser ni la règle concernée ni sa teneur. Toutefois, il apparaît que l'administration s'était plutôt focalisée dans sa réponse sur l'existence d'un double lien de filiation consacré en faveur d'un couple d'hommes. Il est énoncé dans cette réponse qu'« *il paraît* [sic] *même si cela ne peut pas être vérifié* » que les jumeaux mentionnés dans les actes d'état civil s'assimilent à des enfants légitimes du requérant et de son conjoint. Selon les informations relatives à la gestation pour autrui aux États-Unis consultées, les autorités d'état civil de Californie ne procèdent à une telle inscription que lorsqu'il existe un jugement indiquant en tant que parents en droit les parents d'intention. Ceci a amené le ministère à conclure que le lien de filiation consacré en faveur d'un couple de même sexe est contraire aux conceptions fondamentales de l'ordre juridique grec.

Au soutien de la contrariété, le ministère avançait deux arguments. Le premier consistait à dire que le mariage représente l'union de deux personnes de sexe différent et le second que la cohabitation de deux personnes du même sexe n'est pas reconnue en droit grec. Il était encore noté le fait que, dans les dispositions grecques relatives aux enfants légitimes, on ne peut entendre comme parents que deux personnes de sexe

[824] Comme il résulte de la correspondance du couple avec le Médiateur grec, le couple vit avec ses enfants en Australie de manière stable. C'est seulement pour des raisons personnelles que le parent grec souhaitait que ses enfants obtiennent, également, la nationalité grecque.

[825] Réponse de la Direction générale de soutien administratif/Direction d'état civil et d'état municipal/Département des registres et des officiers de l'état civil/Ministère de l'intérieur, 118300/24263/02.04.2009 adressée à la Direction du Registre spécial de l'état civil, au département des naissances et des baptêmes [non publiée – en grec].

différent. Il était ajouté que ladite conception de la filiation explique le fait que le législateur grec ne permet l'adoption successive que par l'époux de l'adoptant. Cette référence à l'institution de l'adoption était faite pour démontrer qu'il n'existe pas en droit grec d'institution équivalente ou analogue à celle du droit californien qui permettrait la transcription des actes de naissance en faveur de deux personnes de même sexe. En conséquence, le caractère de l'adoption comme réservé aux personnes de sexe différent excluait également la possibilité de réception d'un tel rapport de droit[826]. Ceci étant, les autorités grecques refusent la transcription des actes de naissance américains.

Cette réponse avait été communiquée au Médiateur grec qui a, pourtant, adopté une position différente sur la possibilité de transcription de l'acte de naissance.

Le Médiateur[827] s'était de nouveau adressé à la Direction de l'état civil et de l'état municipal[828]. Par une lettre, il a tenté de démontrer que la réponse du ministère était erronée et que les officiers du registre spécial devaient procéder à la transcription des actes de naissance établis à l'étranger. Il ne contestait pas la position du ministère selon laquelle le droit d'accès à l'assistance médicale à la procréation est –malgré sa protection constitutionnelle (article 5 § 3 de la Constitution)– soumis à certaines limites. C'était donc à juste titre que le ministère indiquait que les deux hommes n'auraient pas pu avoir d'enfants en Grèce au moyen d'une gestation pour autrui. Il notait toutefois qu'un homme seul peut faire établir un lien de filiation avec un enfant par le biais d'une reconnaissance volontaire ou judiciaire (articles 1475 et 1479 C. civ.) ainsi que par la voie de l'adoption (articles 1542 et *seq.* C. civ.)[829]. De plus, il soulignait le fait que l'homme indiqué comme père dans l'acte de naissance n'avait pas seulement un lien juridique mais aussi un lien génétique avec ses enfants.

Il est intéressant de relever que le Médiateur invoque la règle de conflit en matière de filiation dans sa réponse. Ainsi il a invoqué l'article 20 du Code civil qui prévoit que : « *Les rapports entre père et enfant qui est né sans mariage de ses parents sont régis à l'ordre suivant : 1. par le droit de leur dernière nationalité commune, 2. par le droit de leur dernière résidence habituelle commune, 3. par le droit de la nationalité du père* ». Selon ce raisonnement il était amené à la conclusion que le droit applicable à la filiation était le droit australien. En même temps, il

[826] Au demeurant, la Direction générale notait que même si on pouvait considérer que la disposition étrangère du droit californien n'est pas contraire à l'ordre public international, le consulat de Brisbane n'avait pas la compétence de transmettre des copies des actes de naissance étrangers, le consulat de Californie étant seul compétent en tant que le consulat dans la circonscription duquel la naissance des enfants a eu lieu.

[827] Autorité indépendante ayant comme objectif d'aider les citoyens à leurs problèmes avec l'administration publique.

[828] Lettre, dossier n° 20409/2009/1/07-01-2010.

[829] Le droit grec permet l'adoption par une personne célibataire homme ou femme.

précisait que la question déterminante en l'espèce pour la transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger était celle de savoir si la loi applicable à la filiation pouvait être considérée contraire à l'ordre public international. Selon son appréciation c'est à tort que le ministère avait focalisé sur le fait que le mariage et le partenariat civil ne sont pas reconnus en Grèce pour les couples de même sexe. Malgré l'exactitude de cette observation, cela ne devait pas affecter la réponse relative au déclenchement de l'exception de l'ordre public. La question centrale était, au contraire, de savoir si la personne intéressée pouvait être reconnue en tant que père, afin que les enfants puissent obtenir la nationalité grecque.

Le médiateur avait rappelé d'ailleurs la décision californienne reconnaissant le lien de la filiation et autorisant le recours à la gestation pour autrui aux hommes célibataires et aux couples de même sexe. En même temps, il soutenait que la position du droit grec excluant des hommes seuls n'avait pas de valeur absolue, puisque la doctrine avait déjà soutenu qu'on devrait, par analogie, appliquer l'article 1458 du Code civil aux hommes célibataires pour leur permettre d'avoir accès à une gestation pour autrui. Il notait à l'appui de cette position une décision du Tribunal d'instance d'Athènes ayant permis l'accès à cette méthode de procréation à un homme célibataire. Ultérieurement cette décision a été cependant renversée[830]. Il reste que les éléments ici relevés sont des arguments démontrant que l'intensité de la confrontation de la disposition étrangère à l'ordre public n'est pas considérable au point de justifier l'éviction de la loi étrangère et le refus de transcription des actes d'état civil.

Le Médiateur avait également soutenu que le droit de l'enfant d'avoir sa paternité reconnue fait partie des concepts fondamentaux de l'ordre juridique grec. Il invoquait en ce sens l'article 21 de la Constitution grecque qui protège la famille, tout comme les articles 7 et 8 de la Convention de New York sur les droits des enfants[831]. Il notait en même temps, que l'exclusion par un droit étranger de toute possibilité à faire établir le

[830] TPI d'Athènes, 2827/2008, *Chroniques de droit privé* 2009, p. 817 [en grec] ; entre temps, une deuxième décision était prononcée attribuant un tel droit à un homme seul : TPI de Théssalonique 13707/2009, publiée dans la base de données du Barreau d'Athènes DSANET [en grec] ; cependant, la Cour d'Appel a renversé la première décision après un recours du procureur ; au moment toutefois de l'appel, la procédure la procédure de la gestation pour autrui était déjà effectuée et un enfant était né : CA d'Athènes, 3357/2010, *Nomiko Vima*, 2012, p. 1437 [en grec].

[831] Article 7 § 1: « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.* » ; Article 8 § 1 : « *Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.* ». La Convention de New York a été ratifiée en Grèce par la loi n° 2101/92.

lien de paternité d'un enfant avait été considérée comme manifestement contraire à l'ordre public grec[832].

La critique à la réponse du ministère s'achevait par l'appréciation de la mise en œuvre du mécanisme de l'ordre public. À cet égard, la position du ministère était critiquée pour ne pas avoir pris suffisamment en considération les circonstances spéciales de l'affaire. En effet, l'appréciation de l'ordre public implique l'examen de l'application de la disposition étrangère *in concreto* et le résultat spécifique auquel celle-ci conduit. À ce sujet, il est rappelé que la protection de l'enfant et la prise en compte de son intérêt doivent être des considérations primordiales lors d'une décision concernant un enfant, au sens de l'article 3 de la Convention de New York[833]. Au demeurant, il était relevé que la question du mariage ou du partenariat civil entre deux personnes de même sexe ne surgissait dans cette affaire que de manière incidente et que, pour cette raison, elle ne devait pas influencer la réponse à la question principale : celle de la « reconnaissance » du lien des deux enfants avec leur père et, plus précisément, celle de la transcription de l'acte de naissance. La contrariété à l'ordre public d'une union officielle entre deux hommes ne devait pas selon le Médiateur influencer la réponse relative à la reconnaissance d'un lien de filiation déjà valablement créé à l'étranger et celle de la transcription des actes de naissance américains[834]. Les arguments avancés n'ont pas été pris en compte par l'administration, puisqu'à ce jour aucune réponse n'a été fournie.

Le Médiateur a critiqué à juste titre le ministère public pour ne pas avoir procédé à un contrôle *in concreto* de l'exception de l'ordre public international comme il est unanimement accepté par la théorie du droit international privé. En même temps, comme on l'a déjà noté, le ministère n'avait pas précisé l'objet exact du contrôle effectué. S'il s'agissait de l'application d'une loi étrangère, l'éviction de la loi étrangère aurait dû être suivie par l'application d'une autre disposition. Si la question était de savoir si les jugements californiens devraient être reconnus, il aurait fallu se limiter à la question de leur reconnaissance.

---

[832] Citant en ce sens : GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé*, 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS, 2010, p. 99.

[833] Article 3 § 1 : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

[834] À l'appui de cette position, il invoquait la doctrine qui affirme qu'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger ne doit pas mettre en mouvement l'exception d'ordre public lorsque son appréciation se fait à titre incident dans le cadre d'un procès ayant un objet différent : GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé*, 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS, 2010, pp. 93-94 [en grec].

Le refus de transcription des actes de naissance et la réponse des autorités grecques trouveraient éventuellement une explication plausible dans l'explication avancée en France dans un cadre similaire reposant sur l'absence d'équivalence entre l'institution grecque de l'état civil et une institution étrangère[835]. Une telle explication permettrait d'éviter des appréciations portant sur la question de fond qui est celle du lien de filiation. Ce raisonnement donnerait à l'administration le loisir de laisser au législateur se prononcer sur les problèmes de fond que ces nouvelles situations posent. Toutefois, comme nous l'avons constaté par l'examen du cadre juridique français, reposer sur une telle solution ne résout point les problèmes qui se font jour relativement à la filiation. De notre point de vue, le raisonnement mené par le Médiateur au fond était convaincant et les actes d'état civil devaient être transcrits en Grèce. Les autorités grecques devraient mieux apprécier les liens étroits de l'affaire avec l'Australie du moment où le couple et les enfants ont leur résidence habituelle en Australie.

Indépendamment toutefois de cette position, les problèmes soulevés lors de l'affaire du couple de Messieurs *P. M.* auraient pu être évités au moyen d'une inscription partielle des actes d'état civil établis à l'étranger[836]. Dans le cas de Messieurs P.M., une telle solution aurait permis aux enfants d'obtenir la nationalité grecque et aurait épargné aux fonctionnaires grecs le risque d'être accusés d'avoir consacré un double lien de filiation monosexué. Dans tous les cas, il est judicieux qu'une telle possibilité soit adoptée expressément par la loi. En l'absence d'une disposition explicite en ce sens, les fonctionnaires auraient pu légitimement soutenir que procéder à une transcription partielle dépasse le pouvoir qui leur était attribué. Cependant, malgré l'absence d'une telle disposition, les officiers de l'état civil ont su faire preuve de flexibilité dans un cas où la transcription était cruciale pour le bien-être d'un enfant.

2. Procréation médicalement assistée en faveur d'un couple de femmes

La complexité de problèmes qui naissent de la procréation médicalement assistée n'arrête pas de surprendre. Nous avons déjà examiné une affaire menée à la connaissance des autorités grecques impliquant un enfant né par procréation médicalement assistée né au sein d'un couple de femmes, dont l'une de nationalité grecque et l'autre de nationalité

[835] V. chapitre 5, section 1§1.B.2.iii., p. 326 et *seq.*
[836] Rappr. avec le point 4°, b) de la Recommandation CIEC n° 9 relative à la fraude documentaire en matière d'état civil, adoptée par l'Assemblée Générale de Strasbourg le 17 mars 2005.

britannique[837]. Nous avons expliqué les obstacles du couple dans leur démarche d'obtention des documents de voyage pour leur enfant qui découlait de l'impossibilité de reconnaissance du double lien de filiation tissé en faveur de deux femmes.

Les autorités grecques ont refusé la transcription de l'acte de naissance espagnol mentionnant comme parents les deux femmes mais ont finalement accepté de procéder à une transcription partielle. Ainsi, l'acte d'état civil grec établi mentionnait seule comme mère de l'enfant la femme de nationalité grecque. Contrairement donc à l'affaire précédente, une transcription a été effectuée et le lien de filiation de l'enfant a pu en partie être pris en considération. Grâce à cette manœuvre procédurale qui ne trouve pourtant pas de fondement explicite dans la loi relative à la réglementation de l'état civil, l'enfant a pu obtenir un passeport grec. Les juges grecs, dans une autre affaire, n'ont pas été si cléments relativement à un lien de filiation crée par le biais d'une adoption en faveur d'un couple d'hommes.

Le Tribunal de première instance d'Athènes a récemment été confronté à une affaire n'impliquant pas le recours d'un couple à une procréation médicalement assistée mais une demande de reconnaissance d'une adoption prononcée en faveur d'un couple d'hommes[838]. L'affaire attire l'attention parce qu'elle est indicative des difficultés à la circulation des liens de filiation qui peuvent être créés à la suite d'une assistance médicale à la procréation. En l'espèce, un couple d'hommes avait adopté un enfant et a tenté par la suite de faire reconnaître l'adoption en Grèce. Les juges ont rejeté leur demande pour contrariété du jugement à l'ordre public international. Ils ont soutenu que : « *La création d'un modèle de famille de même sexe constitue une situation de fait contraire aux valeurs prédominantes et aux conceptions qui gouvernent la vie et le mode de vie dans la société grecque […], qui ne dispose pas d'un cadre juridique adéquat pour gérer un tel modèle et qui n'est pas suffisamment progressiste pour le tolérer* »[839].

---

837 V. *supra* chapitre 2, section 2§1B.1, pp. 135-137 ; GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, «Transborder Medically Assisted Reproduction : The Challenges for Conflict of Laws », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe : Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 385-397, spéc. p. 387.

838 TPI d'Athènes 2129/2011 ; note RAVDAS Pantelis, VAIOULI Marousso, PISKOPANI Anna-Maria, POURI Panayiota, *Chroniques de droit privé* 3/2015, pp. ; V. aussi PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec …. », *op. cit.*, spéc. n^{os} 11-12 ; ROKAS A. Konstantinos, « Difficulties of recognition in Greece of parentage links created in foreign legal orders following recourse to techniques of medically assisted reproduction », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 463-470, spéc. p. 465 *et seq.*

839 Traduction libre.

B. APPRÉCIATION CRITIQUE

L'appréciation des affaires concernant des liens de filiation créés en faveur de couples de même sexe est aussi révélatrice des problèmes relatives à la mise en œuvre des mécanismes tel l'ordre public. Avant d'examiner en détail cette affirmation, il convient de noter que, dans l'affaire des Messieurs P. et B M. P., un problème surgissait du fait que le lien de filiation créé en faveur de ces deux hommes résultait d'une décision qui ne faisait pas de distinction entre parent génétique et parent sans lien génétique avec l'enfant. Nous focaliserons ci-après sur le lien de filiation avec l'homme n'ayant pas de lien génétique avec l'enfant tout en appréciant également le refus de transcription des actes de naissance américains.

Un des inconvénients liés au déclenchement de l'ordre public à l'encontre de la transcription des actes de naissance californiens est lié au caractère laconique de la motivation du Ministère public. Le manque d'une justification adéquate fait que finalement que le caractère manifeste de la contrariété ne repose pas sur des données tangibles du droit mais plutôt sur une réaction des juges influencée par leur sentiment. L'évaluation de la teneur de l'ordre public international tel qu'il est perçu au sein de l'ordre juridique grec nécessite une vision d'ensemble du système de droit. Dans cet ordre d'idées il faut observer, au soutien de la contrariété, que le droit grec ne prévoit aucune possibilité d'établissement d'un lien de filiation en faveur d'un couple de même sexe. Il n'existe pas non plus de possibilité pour les couples de même sexe d'adopter un enfant. Sur le plan de la jurisprudence, aucune décision n'a été rendue à ce jour se prononçant sur la question de la contrariété d'une telle filiation établie à l'étranger. La question n'a pas non plus été suffisamment examinée par la doctrine en Grèce[840]. Une vue d'ensemble du droit grec montre qu'il n'existe pas de possibilité de créer un lien de filiation en faveur de deux personnes de même sexe.

Pour autant, il faut prendre en considération que la possibilité de la création de familles homoparentales *de facto* existe bel et bien dans l'ordre juridique grec. Le droit d'une femme célibataire à avoir recours à une technique de procréation médicalement assistée –même si c'est seulement pour des raisons médicales– ainsi que le droit d'une

[840] V. toutefois PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec … », *op.cit.* spéc. n[os] 11-12, qui bien qu'il considère un lien de filiation en faveur de deux hommes *incompatible en principe avec les conceptions juridiques et sociales dominantes en Grèce* », il est d'avis que la reconnaissance d'une « *telle situation acquise à l'étranger …est la seule voie qui permette la protection efficace de l'enfant et qui serve son intérêt* ».

personne célibataire d'adopter peuvent conduire à la création des familles homoparentales[841]. De plus, la technologie permet désormais d'avoir recours à une insémination chez-soi. Des sites internet qui vendent le matériel génétique nécessaire pour une auto-insémination sont à la disposition des particuliers[842]. Il s'ensuit que l'ordre juridique grec ne peut pas exclure et empêcher des personnes homosexuelles de créer une famille. Des rapports familiaux *de facto* sont déjà existants en Grèce et l'ordre juridique grec est et sera encore plus souvent confronté à la problématique de la reconnaissance de rapports de filiation créés en faveur de personnes de même sexe[843]. En outre, la Convention européenne des droits de l'Homme et la Convention de New York sur les droits des enfants font partie des règles qui devront alors être prises en considération. Au-delà de ces textes, la vie familiale est protégée par l'article 21 de la Constitution grecque. D'ailleurs, il n'est pas déplacé de soutenir que l'intérêt de l'enfant est mieux servi par la reconnaissance d'un double lien parental, notamment lorsqu'un enfant grandit au sein d'une famille constituée par deux personnes de même sexe. Certes, un ordre juridique a intérêt à assurer le caractère impératif de sa législation, ainsi qu'à assurer une réglementation cohérente des questions sensibles comme celles posées par le droit de la famille. Cela explique que l'admission de la consécration de tels liens à l'intérieur d'un ordre juridique nécessite une procédure progressive et que ces questions soient suffisamment débattues pour trouver les moyens juridiques le plus aptes à couvrir cette nouvelle réalité.

Cependant, dans des affaires affectées d'éléments d'extranéité présentant des liens étroits avec un ordre juridique étranger, comme dans l'affaire du couple des Messieurs P. et B M. P., les juges doivent prendre sérieusement en considération toutes les données

---

[841] Il ressort clairement de la discussion menée devant le parlement grec et des interventions des représentants de la société civile pour l'extension du partenariat civil en faveur de couples de même sexe que des enfants grandissent au sein des familles composées par deux personnes de même sexe. La présidente de l'association des « *Familles Ouranio Toxo* » explique dans son discours du 15.12.2015 devant le parlement grec qu'elle et sa compagne ont cinq enfants tout en précisant qu'elles ont pu avoir recours à une procréation médicalement assistée à l'aide d'un donneur. V. dans : <https://www.youtube.com/watch?v=-J7v-fbA3Ug> dernière visite le 12.10.2016.

[842] En anglais on parle de DIY kits (Do It Yourself-FLTM : Fais Le Toi-Même).

[843] Notre recherche à ce jour révèle d'autres affaires impliquant des liens de filiation tissés en faveur des couples de même sexe. Dans une de ces affaires un couple de femmes –dont l'une est Grecque et l'autre Anglaise– ont eu deux enfants à l'aide d'une procréation médicalement assistée. Le couple a commencé des démarches afin de faire reconnaître leur lien de filiation et permettre l'obtention par les enfants de la nationalité grecque (Nous tenons à remercier pour cette information Monsieur Ioannis IOANNIDIS, avocat au barreau d'Athènes). Dans deux autres affaires sont impliqués des couples d'hommes. Dans la première l'homme a la double nationalité grecque-américaine et il a obtenu des jumeaux en Inde. L'homme a sa résidence habituelle aux États-Unis où sa filiation est reconnue mais il a commencé les démarches pour que les actes de naissance soient transcrits aussi en Grèce. Dans le second cas un couple d'hommes a eu recours à une gestation pour autrui aux États-Unis et il s'est mis en contact avec le Médiateur grec pour voir les voies possibles pour se prévaloir de ses liens de filiation.

avant de refuser la reconnaissance d'un lien de filiation valablement créé. Ainsi, dans l'affaire mentionnée, l'intérêt pour l'ordre juridique grec de s'opposer à la transcription d'un acte de naissance dont le but principal était l'obtention de la nationalité grecque ressort très difficilement de la motivation avancée. Même si la question portait sur la reconnaissance du lien de filiation valablement établi à l'étranger à l'égard de l'homme qui n'est pas génétiquement lié à l'enfant, le refus de la reconnaissance sur la base d'une contrariété à l'ordre public international était difficile à justifier.

Dans l'affaire relative à la reconnaissance d'une adoption prononcée en faveur d'un couple d'hommes en Belgique on constate aussi que les paramètres de droit international privé sont absents de la motivation adoptée par les juges. Le refus de reconnaissance pour contrariété à l'ordre public international semble être plus le réflexe des conceptions nationales par rapport aux liens familiaux que le résultat d'un raisonnement prenant suffisamment en considération des paramètres tels les liens de contact de la situation familiale avec l'ordre juridique belge, la continuité des rapports personnels et l'ordre juridique grec dans son ensemble.

Dans la situation impliquant le couple de femmes installées en Espagne comme dans le cas du couple d'hommes installés en Australie, le refus de transcription des actes de naissance établis pouvait entre autres être expliqué par le manque d'équivalence entre les actes d'état civil étrangers et les actes d'état civil grecs. Dans les deux cas, il n'existe pas de doute que la conception des liens familiaux a joué un rôle dans l'opposition des autorités grecques à la reconnaissance, même indirecte, de ces liens de filiation. En même temps, ces deux affaires sont typiques de l'absence de prise en considération du droit international privé dans le raisonnement des officiers de l'état civil. Les deux situations dont la reconnaissance était sollicitée, étaient bien ancrées dans des ordres juridiques reconnaissant les liens de filiation créés à la suite du recours à l'assistance médicale à la procréation. Dans les deux cas, un raisonnement relatif au droit applicable à la filiation selon les règles de conflit grecques permettait de suggérer que les liens de filiation tissés étaient bien existants. Et pourtant, ce dernier point n'est pas pour suggérer que l'intervention de la règle de conflit à ce stade de la transcription amènerait à un résultat différent car il ressort finalement de cette étude que l'application de la règle de conflit est formaliste, sans souci particulier des considérations qui l'animent ou qui sont censées d'animer son fonctionnement.

Ceci étant, nous pensons que la tentative d'identification des liens qu'un rapport de droit entretient avec un ordre juridique étranger est une démarche indispensable,

indépendamment de l'intervention de la règle de conflit. En effet, elle démontre que l'assertion selon laquelle la reconnaissance de ces liens de filiation heurte de front des conceptions et des principes essentiels du for n'est pas très convaincante dans ces circonstances. Un lien de filiation qui développera l'ensemble de ses conséquences au sein d'un ordre juridique étranger pourrait difficilement mettre à mal la cohérence des valeurs inhérentes au sein d'un ordre juridique donné.

Des difficultés à la reconnaissance des liens de filiation ont été également ressenties en France en raison d'un recours insuffisamment justifié aux mécanismes de l'ordre public et de la fraude à la loi.

§ 2. Circulation des liens de filiation en France

Les deux mécanismes d'exception du droit international privé, ordre public et fraude à la loi, ont été érigés en obstacles à la circulation de liens de filiation monosexués. La jurisprudence relative à ces liens de filiation revèle que le recours à ces mécanismes a pu, initialement, aboutir à des résultats compromettant la continuité des relations personnelles. Toutefois, la Cour de cassation, en faisant preuve de réalisme a apporté par deux avis une clarification quant à la possibilité d'adoption des enfants nés d'une procréation médicalement assistée à l'étranger qui épargnera de nombreux problèmes pratiques. La loi étendant le mariage aux couples de même sexe a joué un rôle crucial à cette prise de position. Cependant, l'adoption de cette loi n'intervient pas dans un vide. Le droit français était déjà impregné des considérations relatives à la protection de ce type de famille inédit si bien que le déclenchement de l'ordre public et notamment de la fraude à la loi était révélateur des failles dans leur fonctionnement. Commençons par l'examen du rôle de l'ordre public international (A) pour venir ensuite au rôle de la fraude (B) dans les obstacles à la circulation et à l'existence même de liens de filiation monosexués.

A. L'ORDRE PUBLIC COMME OBSTACLE

Les circonstances dans lesquelles l'ordre public était invoqué pour refuser la reconnaissance à ces liens de filiation (1) expliquent l'appréciation critique réservée à son invocation (2).

1. L'ordre public comme raison de refus d'un lien de filiation créé en faveur d'un couple de même sexe.

Les réserves de l'ordre juridique français à l'égard de liens de filiation créés en faveur de couples de même sexe se sont déjà manifestées en matière de conditions d'accès à la procréation médicalement assistée par l'interdiction explicite de l'accès à ces couples. Cette interdiction n'était pour autant pas en mesure d'épargner, aux juridictions françaises, la confrontation, soit avec des liens valablement constitués à l'étranger, soit avec des situations familiales créées grâce au recours à une procréation médicalement assistée effectuée à l'étranger.

Les juges français ont dû se prononcer par rapport à des adoptions simples en faveur d'un couple de femmes qui au jour du prononcé était installé aux États-Unis à l'état de Géorgie[844]. En l'espèce, l'enfant, conçu par insémination avec donneur, était né de la femme de nationalité américaine, et la compagne française avait demandé l'adoption de l'enfant. L'adoption lui avait été accordée mais le couple avait eu de problèmes lors de la demande d'exequatur de la décision en France. Le tribunal de grande instance et la Cour d'appel de Paris l'avaient refusé au motif d'une contrariété à l'ordre public international[845]. La Cour de cassation a cassé l'arrêt en observant qu'une « *décision qui partage la responsabilité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant* » ne heurte pas de principes essentiels du droit français. La particularité du contexte international de

[844] Cass. civ., 1re, 8 juillet 2010, no 08-21.740., *Rev. crit. DIP* 2010, pp. 747-760, note par HAMMJE Petra ; *J.D.I.* 2011, pp. 119-124, note par BOLLÉE Sylvain ; *AJ fam sept.* 2010, p. 387, obs. MIRCOVIC Aude ; *id.* p. 387, obs. HAFTEL Benoît ; *id.* p. 4, interview MÉCARY Caroline ; *D.* 2010, p. 1787, obs. GALLMEISTER Inés ; *Dr. famille* octobre 2010, pp. 42-45, comm. 156, FARGE Michel**;** *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. HAUSER Jean ; *JCP G* 2010, II, p. 1173, note FULCHIRON Hugues et p. 809, DEVERS Alain ; *Gaz. Pal.* 2011, no 254, p. 17 ; *RJPF* 2010, no 10, p. 23, GARÉ T. ; *LPA* 2011, no 108, p. 5, KERCKHOVE É., *JCP N* 2010 no 14, p. 1122, MASSIP Jacques ; *RDSS* 2010, p. 1128, NEIRINCK Claire ; *RLDC* 2010 no 76, p. 62, RASCHEL L. ; MONÉGER Françoise, PLUYETTE Gérard, « Exequatur et principes essentiels du droit français », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 447-457, spéc. p. 449 ; *D.* 2011, pp. 1585-1591, spéc. p. 1589-1590, GRANET-LAMBRECHTS Frédérique ; v. dans le même sens Paris, 27 janvier 2011, no 10/02614, *AJ fam.* 2011, p. 151 obs. NORD Nicolas ; Paris, 24 février 2011, no 10/08848 et no 10/088A0, *AJ fam.* 2011, p. 207, obs. NORD Nicolas.

[845] TGI Paris, 23 mai 2007 : *Gaz. Pal.* 2007, p. 3247, note DE GEOUFFRE de La PRADELLE Géraud, Paris, 9 octobre 2008, *AJ fam.* 2008, p. 475, obs. CHÉNEDÉ François.

l'adoption était que la décision –contrairement au droit français– n'aboutissait pas à priver la mère biologique de la responsabilité parentale sur l'enfant. Ce résultat, généré par l'article 365 C. civ, était invoqué pour refuser le prononcé d'une adoption simple en faveur de la compagne d'une femme dans des affaires confinées en France[846]. Toutefois, dans le cas d'une décision étrangère prononçant l'adoption simple en faveur de la compagne tout en précisant que la responsabilité parentale est partagée entre la mère et l'adoptante il n'y avait pas lieu d'appliquer la disposition du droit français aux effets[847]. Cette prise de position qui pourrait être considérée comme ayant des implications « révolutionnaires »[848] n'a toutefois pas conduit à la reconnaissance des adoptions plénières prononcées en faveur de couples de même sexe à l'étranger.

La réaction de la Cour de cassation face à des adoptions pouvant être assimilées à des adoptions plénières n'était pas la même[849]. Dans deux affaires menées à la connaissance des juridictions françaises, une adoption a été prononcée à l'étranger en faveur d'un couple d'hommes non mariés. L'adoption qui aboutissait au partage de la responsabilité parentale entre les deux hommes, était assimilée à une adoption plénière parce qu'elle provoquait une rupture complète et irrévocable avec les liens de filiation préexistants. Les juges de la Cour d'appel[850] ont reconnu ces adoptions mais leur position a été censurée en cassation. La position de la Cour de cassation ne reposait pas sur l'affirmation de l'article 346 C. civ –réservant l'adoption plénière conjointe à des couples mariés– en tant que principe essentiel. Ces arrêts s'inscrivent donc dans la continuité des arrêts du 8 juillet, qui ont refusé ce caractère de principe essentiel à l'article 365 C. civ., lequel limite la possibilité de partage de la responsabilité parentale entre adoptant et parent biologique aux cas d'une adoption entre conjoints. La contrariété reposait donc sur le fait que la reconnaissance de ces adoptions serait suivie par leur transcription dans

---

[846] Civ., 1re, 20 février 2007, *JCP* 2007.II.10068 ; *AJ fam.* Avril 2007, p. 182, CHÉNÉDÉ François ; *RTD civ.* 2007, p. 325, HAUSER Jean ; *D.* 2007, p.1048, VIGNEAU D. ; *Dr. fam.* 2007, comm. No 80, MURAT Pierre ; *RJPF* mai 2007, p. 19, MÉCARY Caroline.

[847] V. note par BOLLÉE Sylvain note sous Cass. civ., 1re, 8 juillet 2010, no 08-21.740, *JDI* 2011, pp. 119-124, spéc. p. 121 où l'auteur souligne que l'arrêt précise que : « *l'application de l'article 370-5 a un caractère résiduel, autrement dit ne vaut que dans la mesure où le jugement étranger n'a pas déjà pris parti sur les effets de l'adoption* ».

[848] HAMMJE Petra, note sous Cass. civ., 1re, 8 juillet 2010, no 08-21.740., *Rev. crit. DIP* 2010, pp. 747-760, spéc. p. 749.

[849] Cass. civ., 1re, 7 juin 2012, nos 11-30.261 et 11-30262 ; *JCP* 2012, p. 1204, note par DEVERS Alain ; *D.* 2012, p. 1546, obs. GALLMEISTER Inés, et *infra*, p. 1992, note VIGNEAU D., *AJ fam.* 2012, p. 397 , obs. HAFTEL Benoît et p. 400, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, *JCP* 2012. 856, avis C. Petit, et 857, note CHÉNÉDÉ François ; GANNAGÉ Léna, « Deux arrêts mort-nés. À propos des décisions rendues par la première chambre civile le 7 juin 2012 », *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 587-594 ; D'AVOUT Louis, « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », *D* 2012, pp. 1973-1974.

[850] Paris, 24 février 2011, no 10/08810 et no 10/08848 : *JurisData* no 2011-004062 *; JurisData* no 2011-004061, *dr. famille* mai 2011, comm. 87, pp. 45-47, note FARGE Michel.

le service central de Nantes[851] et la création d'un nouvel acte de naissance supprimant toute référence à la filiation réelle des enfants adoptés. C'était sur cette base que la Cour de cassation a conclu « *qu'est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents de même sexe* ».

2. Appréciation critique

Nous avons constaté que les adoptions prononcées en faveur de deux personnes de même sexe n'ont pas toujours eu un accueil hostile. Toutefois, déjà dans l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2010, accordant finalement l'exequatur à une adoption simple, on observe la difficulté de cerner les contours de l'ordre public international[852]. Une insatisfaction toutefois plus intense se ressent de la solution dans le cas des arrêts du 7 juin 2012.

Un premier élément à noter dans la critique de ces arrêts est l'absence d'examen des liens des situations menées à la connaissance des juges français avec les ordres juridiques étrangers. Une adoption plénière en faveur d'un couple ayant des liens avec la France mais dont la vie aurait une connexion forte avec un ordre juridique étranger devrait faire partie des éléments d'appréciation du juge. Dans une telle situation, la confrontation avec l'ordre public international ne devrait pas être considérée comme intense si bien que l'effet atténué de ce mécanisme devrait jouer.

D'ailleurs, l'affirmation de l'existence d'un principe essentiel prête à hésitation. Cette affirmation est contestable après examen de différents éléments puisés dans l'ordre juridique français. Il faut tout d'abord relever la place que la jurisprudence a faite progressivement à la filiation en faveur des couples de même sexe, en reconnaissant aux deux membres du couple des droits liés à la filiation tels ceux découlant de la responsabilité parentale[853]. En ce sens, il est possible de citer la délégation de

---

[851] C'est l'article 354 C. civ. qui exige que la décision prononçant l'adoption d'un enfant né à l'étranger doit être transcrite dans le service central de l'état civil de Nantes.

[852] V. en ce sens GUILLAUMÉ Johanna, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, pp. 2121-2128 ; rappr. HAMMJE Petra, note sous Cass. civ., 1re, 8 juillet 2010, no 08-21.740, *Rev. crit DIP* 2010, spéc. p. 755.

[853] V. parmi autres indices la décision du TGI de Briey du 21 octobre 2010 (no 09/00482) qui accorde, en application de l'article 371-4 al. 2 C.civ., un droit de visite et d'hébergement à l'ex-compagne de la mère biologique d'un enfant conçu par procréation médicalement assistée en Belgique. V. toutefois la critique de cette décision par BONNET Vincent, « Co-maternité : entre désir et réalité », *D.* 2011, pp. 1060-1063. Il faut relever que le ministère public informé du dossier s'était exprimé en faveur de la demande concernant le droit de visite et d'hébergement et à l'éncontre du droit concernant la résidence alternée.

responsabilité parentale en faveur d'un partenaire de même sexe, bien qu'un durcissement relatif aux conditions d'attribution ait pu tempérer ses effets[854]. De plus, la reconnaissance des adoptions simples prononcées à l'étranger en faveur de couples de même sexe était une avancée majeure. Certes, le prononcé d'une adoption simple n'est pas, dans la conception du droit de la famille français, de nature à faire disparaître le lien biologique préexistant. Toutefois, reconnaître officiellement une telle situation familiale permet de penser que l'argument principal avancé à l'encontre de la reconnaissance de l'homoparenté n'est pas admise par les juges. Cet argument est liée à une conception selon laquelle élever des enfants au sein des familles composées par deux personnes de même sexe est de nature à nuire à leur bien-être. Cet argument aussi avancé à l'encontre de la reconnaissance des adoptions plénières prononcées à l'étranger et tient au fait que la filiation d'origine de l'enfant soit effacée, ce qui est considéré, selon cette opinion, contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il est, néanmoins, possible de rétorquer à cet argument qu'un enfant grandissant au sein d'une famille composé par deux parents de même sexe sera systématiquement amené un jour à poser la question de l'adoption à ses parents adoptifs contrairement à des enfants adoptifs grandissant au sein des familles hétérosexuels qui cachent souvent le fait de l'adoption. Enfin, un autre argument pour justifier le refus de reconnaissance d'adoptions plénières prononcées à l'étranger est la force symbolique d'une telle reconnaissance. Il n'est pas possible de se rallier à une telle position car plusieurs éléments permettaient aux juges, au moment où ils se sont prononcés sur la reconnaissance des liens adoptifs en faveur des couples de même sexe, d'anticiper l'avènement prochain de la reconnaissance explicite du droit des couples de même sexe à l'adoption des enfants[855]. La loi sur le mariage reconnaissant le droit d'adoption aux couples de même sexe laisse présager un changement de cap de l'ordre juridique français à l'égard des liens de filiation créés en faveur de couples de même sexe. Le juge ne doit pas attendre l'intervention du législateur pour faire constater le changement au sein d'un ordre juridique donné. Soutenir que la teneur de l'ordre public peut changer par l'adoption d'une loi aurait pour effet de diminuer l'importance et le rôle de ce

[854] Cass. civ., 1re, 8 juillet 2010, no 09-12.623, FS P+B+I : *JurisData* no 2010-0011139, note GOUTTENOIRE Adeline, « Coup d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de la responsabilité parentale », *JCP* 2010, pp. 1880-

[855] V. pour ce type d'argument : BODEN Didier, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, vol. II, (dir. de thèse Horatia Muir Watt), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, thèse soutenue le 19 mars 2002, pp. 788-790, nos 743-746.

mécanisme[856]. Est-il d'ailleurs possible de soutenir qu'une conception fondamentale pour l'organisation sociale, économique et politique d'un pays évolue le lendemain de l'adoption d'une loi ? Les conceptions fondamentales ou les principes jugés essentiels ne peuvent évoluer que de manière progressive. C'est pourquoi nous pensons que les solutions de la Cour de cassation dans les arrêts du 7 juin 2012 ne servent pas non plus l'objectif de la sécurité juridique et de la prévisibilité dans les relations privées internationales. L'interprétation faite par les juges de la teneur de l'ordre public international est en contradiction avec une vue d'ensemble du droit français au moment du prononcé de leur décision. Leur solution est aussi critiquable parce qu'elle perpétue des problèmes pratiques générant de la sorte des coûts additionnels, aussi bien pour la société dans son ensemble, que pour les parties dans les affaires en cause.

La critique serait moins vive si le législateur intervenait de manière plus active pour apporter des solutions qui garantissent les ensembles et les catégories du droit interne de la famille. Toutefois, il apparaît que les législateurs nationaux hésitent à intervenir face à des questions délicates en raison de l'émoi que de telles initiatives suscitent auprès d'une partie de leur électorat. En matière d'adoption par de couples de même sexe, une intervention a eu lieu. Cependant, les intéressés de deux arrêts du 7 juin 2012 devront de nouveau exercer un recours devant les juridictions françaises pour demander l'adoption de leurs enfants. Les ressources dépensées dans un processus qui n'est pas nécessaire pourraient être investies dans d'autres domaines de manière beaucoup plus fructueuse. De tels problèmes se sont produits lorsque le projet de procréation médicalement assistée effectué à l'étranger a été suivi d'une demande d'adoption en France.

B. LA FRAUDE COMME OBSTACLE

Le recours de couples de même sexe à la procréation médicalement assistée à l'étranger est révélateur du fait qu'un autre ordre juridique étranger peut influer sur les rapports privés, non pas en intervenant directement dans leur création, mais en facilitant la mise en œuvre d'un processus conduisant à la naissance d'un enfant. Cette réalité permet de prendre conscience qu'en réalité, la création de ces nouveaux liens de filiation est moins

[856] GUILLAUMÉ Johanna, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, pp. 2121-2128.

le résultat de l'intervention d'une législation étrangère[857] que l'effet d'un acte qui relève de la sphère privée de chaque citoyen. L'acte de procréation entre personnes ayant fourni leur consentement relève de la sphère privée qui dans les traditions constitutionnelles de pays membres du Conseil de l'Europe jouit d'une protection importante. En plus, l'argument –adopté le premier en matière de gestation pour autrui– invoqué pour s'opposer aux adoptions des enfants conçus à l'étranger par procréation médicalement assistée, qui ne dissocie pas le processus de procréation de la question de l'établissement du lien de filiation, est révélateur des impasses. Le recours donc à la fraude pour refuser la reconnaissance des liens de filiation monosexués (1) a suscité une critique légitime (2).

1. La fraude comme raison de refus d'une adoption en faveur d'un couple de même sexe.

La circulation de liens de filiation ne passe pas toujours par le biais d'une reconnaissance d'un lien de filiation. Souvent les couples de même sexe ayant eu recours à une procréation médicalement assistée à l'étranger entreprennent de reconstruire le lien de filiation déjà établi à l'étranger. Les juridictions internes n'ont pas toujours accueilli ces demandes, même après l'adoption de la loi sur le mariage pour tous prévoyant le droit des couples de même sexe d'adopter. L'obstacle auquel se sont butées ces demandes d'adoption était la fraude[858] .

Le tribunal de grande instance de Versailles, dans trois décisions, et le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence ont eu à répondre à une demande en adoption plénière formulée par de couples de femmes qui ont eu recours à une procréation médicalement assistée à l'étranger[859]. Les juges ont relevé dans leurs décisions que le recours à la procréation médicalement assistée était réservé aux couples hétérosexuels souffrant d'un problème d'infertilité. Ce qui fut crucial dans la décision des juges a été la constatation d'une fraude à la loi. Selon les juges le déplacement à l'étranger pour avoir accès à une procréation médicalement assistée et la sollicitation par la suite d'une

[857] V. BOLLÉE Sylvain, note sous Cass. civ. 1re, 19 mars 2014 et TGI de Versailles, 29 avril 2014, *Rev. crit. DIP* 2014, note par BOLLÉE Sylvain, pp. 619-629, spéc. p. 624-625.
[858] Cass. civ., 1re, 19 mars 2014, no 13-50.005 : *JurisData* no 2014-005309 ; TGI Versailles, 29 avril 2014, *Rev. crit. DIP* 2014, note par BOLLÉE Sylvain, p. 619-629.
[859] TGI Versailles, 29 avril 2014, no 13/00168, *D.* 2014, p. 1041 ; *AJ fam.* 2014, p. 368 obs. MÉCARY Caroline et p. 267, obs. DIONISI-PEYRUSSE Amélie ; *Rev. crit. DIP* 2014, note par BOLLÉE Sylvain, pp. 619-629 ; TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, no 14/01472 ; REIGNÉ Philippe, « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », *D.* 2014, p. 1669 ; FULCHIRON Hugues, « *Fraus omnia corrumpit ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes* », *D.* 2014, p. 1162 ; MOULY Jean, « La « délocalisation procréative » : fraude à la loi ou habileté permise ? », *D.* 2014, p. 2419.

adoption au sein de l'ordre juridique français était constitutif d'un détournement par des moyens légaux pour obtenir ce que la loi française prohibe.

La majorité écrasante des juges n'ont pas adopté cette position[860]. Cette position a été, d'ailleurs rejetée par le tribunal de grande instance de Nanterre[861]. Les juges ont accordé l'adoption en soulignant que l'article L. 2141-2 CSP est un texte qui n'édicte aucune interdiction et sa méconnaissance n'est assortie d'aucune sanction ou nullité d'ordre public. Apparemment les juges font la distinction entre les dispositions concernant la gestation pour autrui et celles concernant l'assistance médicale à la procréation. De plus, une référence explicite a été faite à la décision du Conseil Constitutionnel 2013-669 du 18 mai 2013 qui a écarté un grief reposant sur l'idée que le caractère bilinéaire de la filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère serait un principe fondamental. Enfin, les juges ont relevé l'existence d'une vie familiale en notant que : « *la vie quotidienne …est celle d'une famille dont les membres entretiennent des relations de parents d'enfants et de frères et sœurs* ».

Tout doute qui pourrait persister par rapport au caractère frauduleux d'une demande d'adoption à la suite d'une procréation médicalement assistée effectuée à l'étranger avec deux avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014[862]. Deux affaires menées à la connaissance du tribunal de grande instance de Poitiers et du tribunal de grande instance d'Avignon sont à l'origine de ces deux avis. Ceux-ci ont été confrontés à une demande d'adoption plénière par l'épouse. L'enfant était conçu dans le premier cas grâce à une procréation médicalement assistée effectuée en Belgique et, dans le deuxième cas, en Espagne. En raison de la difficulté et de l'enjeu, les juges ont saisi la Cour de cassation pour avis par jugement. La question posée à la Cour de cassation était celle de savoir si le recours par une femme en couple avec une autre femme à une procréation médicalement assistée à l'étranger avec donneur est constitutive d'une fraude qui empêche par conséquent de prononcer l'adoption demandée par la suite en France par la compagne de la mère. La Cour de cassation a répondu par la négative en notant que le recours à une technique à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel de l'ordre juridique français. L'adoption de la loi du 17 mai 2013 et le fait que cette loi ait permis

[860] Selon une réponse ministérielle (Rép. min. n° 13043 et n° 17155, JO Sénat 7 avril 2016) il ressort que la Chancellerie a procédé à une évaluation statistique des données auprès des juridictions. Selon cette évaluation ayant recensé l'ensemble des décisions rendues depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 au 1er juillet 2014 « *seules neuf décisions de rejet étaient prononcées, pour 295 ayant répondu favorablement aux demandes d'adoption par la conjointe de l'enfant de son épouse* » ; *AJ famille* mai 2016, p. 230.

[861] TGI Nanterre, 8 juillet 2014, n° 13/14804, *D.* 2014, p.1669. Dans le même sens aussi une décision du TGI de Lille, 14 octobre 2013, *Dr. fam.* janvier 2014, comm. 4, pp. 15-16, note NEIRINCK Claire.

[862] Sur ces avis v. LEROYER Anne-Marie, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014, pp. 2031-2036.

l'établissement d'un lien de filiation en faveur de deux personnes de même sexe par le biais de l'adoption ont été parmi les raisons principales ayant conduit à cette prise de position.

2. Appréciation critique

Une première critique qui a pu être faite contre l'utilisation de la fraude était liée aux difficultés pratiques dans la mise en œuvre d'un contrôle des naissances des enfants conçus par procréation médicalement assistée à l'étranger[863]. Connaître les circonstances de conception des enfants serait non seulement difficile mais impliquerait une intervention dans la sphère de la vie privée des personnes[864]. De plus une telle solution était contraire à la volonté du législateur telle qu'elle ressortait des débats parlementaires ayant mené à l'adoption de la loi du 17 mai 2013[865]. Tous les amendements déposés lors des débats pour l'adoption de cette loi par des députés dans le but d'interdire l'adoption des enfants conçus à la suite d'une procréation médicalement assistée ont été rejetés[866].

Parmi les autres arguments à l'encontre de la fraude, on avait invoqué le fait que les requérantes n'avaient manipulé aucun élément de rattachement[867]. Il a d'ailleurs été pertinemment relevé que les dispositions relatives à l'accès à la procréation médicalement assistée devraient plutôt être considérées avoir comme destinataires les personnes qui pratiquent la procréation médicalement assistée[868]. Cette position trouve une justification dans le fait que ces dispositions n'ont pas leur pendant dans le Code civil. Ce raisonnement mérite l'approbation. En outre, le champ d'application de ces dispositions n'est dans aucun pays conditionné d'une règle de conflit, mais elles sont d'application territoriale[869]. Par conséquent, les concevoir en termes de lois de police n'a pas de sens.

---

863 BOLLÉE Sylvain, LÉROYER Anne-Marie, PATAUT Étienne, « L'État dans les chambres à coucher », *Le HuffPost*, 7 mars 2014.

864 BOLLÉE Sylvain, note sous CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France* ; Cass. civ., 22 septembre 2014, n° 14-70.007, *Rev. crit. DIP*. 2015, pp. 144-160, spéc. p. 154.

865 V. sur cet aspect LEROYER Anne-Marie, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014, pp. 2031-2036, spéc. p. 2032.

866 *Rev. crit. DIP* 2014, note par BOLLÉE Sylvain, pp. 619-629, spéc. p. 628, n° 13.

867 REIGNÉ Philippe, « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », *D.* 2014, p. 1669.

868 REIGNÉ Philippe, « Adoption plénière par…. », *op. cit.*, *supra*, *D.* 2014, p. 1669 ; En ce sens aussi *Rev. crit. DIP* 2014, note par BOLLÉE Sylvain, pp. 619-629, spéc. p. 628, n° 13.

869 V. en ce sens en général pour les dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation LABRUSSE-RIOU Catherine, « Bioéthique et droit international privé », *Trav. Com. fr. d.i.p.* 2000-2001, 2002-2003, pp. 47-70 et débats pp. 71-80, spéc. pp. 57-58.

Ensuite, on a pu observer que la situation des couples était objectivement rattachée en France[870]. Cette affirmation pourrait être contestée étant donnée que le recours a eu lieu dans un pays étranger et avec le matériel génétique d'un donneur ayant fourni son matériel génétique dans un pays étranger. Toutefois, il est vrai que ces affaires soulèvent un problème d'application du droit français. En tous les cas, la démarche d'identifier une fraude se bute à la démarche de constitution de l'élément matériel de la fraude. Est-ce qu'on pourrait parler de fraude dans le cas où une femme a eu recours à une autoinsémination en France[871]. Des doutes par rapport à la constatation de l'élément matériel de la fraude ont aussi été exprimés dans la doctrine[872].

Le réflexe de certains juges de reposer sur la fraude pour débouter les demandes d'adoption plénières n'était pas totalement injustifié vu la jurisprudence ayant rejeté les demandes d'adoption à la suite d'une gestation pour autrui[873]. M. BOLLÉE a toutefois démontré que, dans le cas de la procréation médicalement assistée, le recours à l'adoption n'est qu'éventuel et pas certain[874]. En même temps, cet argument devrait, selon lui, conduire à contester également le lien de filiation de la mère biologique. C'est la raison pour laquelle il est amené à soutenir que le lien entre interdiction du recours à la procréation médicalement assistée et demande d'adoption est plus indirect qu'en matière de gestation pour autrui[875].

Une dernière objection devrait être faite par rapport à la facilité avec laquelle certains juges ont parfois recours au processus de la fraude. Des éléments de l'histoire du droit révèlent que nombreux ont été les exemples de fraudes sanctionnées en termes du droit international privé qui anticipaient une évolution du droit privé dans une direction qu'on a pu, par la suite, considérer comme positive. Le mariage, le divorce ne sont que quelques exemples en ce sens. De plus, dans le cas où le recours à une institution du droit étranger était considéré comme intolérable, le législateur a su fermer la voie à des tels détournements. Un exemple en ce sens est le mariage polygamique. C'est pourquoi le juge doit éviter de se fier dans un mécanisme tel que la fraude, dont le fonctionnement

---

870 MOULY Jean, « La « délocalisation procréative… », *op. cit.*, », *D.* 2014, p. 2419.

871 La question a été aussi soulevée dans la doctrine *Rev. crit. DIP* 2014, note par BOLLÉE Sylvain, pp. 619-629, spéc. p.

872 FULCHIRON Hugues, « *Fraus omnia corrumpit ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes* », *D.* 2014, p. 1162

873 *Rev. crit. DIP* 2014, note par BOLLÉE Sylvain, pp. 619-629, p. 627, n° 12.

874 *Rev. crit. DIP* 2014, note par BOLLÉE Sylvain, *ibid.*

875 Il faut toutefois observer qu'aussi en matière de gestation pour autrui la demande de l'adoption n'a pas toujours été la voie adoptée par les couples qui ont eu accès. Il existe de couples qui, soit ont eu recours au moyen de la possession d'état, soit en tentant d'invoquer les actes d'état civil étranger chaque fois que cela a été nécessaire. Par conséquent, l'argument d'un lien indirect entre interdiction et établissement du lien de filiation ne peut pas être exclu de manière absolue en matière de gestation pour autrui.

repose sur une démarche d'identification d'une intention, dont la manifestation n'est que rarement certaine.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'étude de la circulation de liens de filiation révèle de manière caractéristique l'importance de l'institution de l'état civil dans la circulation des liens de filiation, tout en permettant de comprendre la différence existante entre reconnaissance du lien de filiation et transcription d'actes de naissance. En dépit de cette différence, la transcription ou son refus influent sur la reconnaissance de la filiation. Le système de contrôle de la régularité des actes d'état civil étrangers qui porte, en principe, sur la forme des actes, sur l'ordre public et la fraude à la loi, est entaché d'ambiguïté.

L'étude de la circulation du point de vue de deux pays adoptant des solutions opposées quant aux liens de filiation tissés à la suite d'une procréation médicalement assistée ou d'une gestation pour autrui démontre l'influence du droit substantiel interne sur la circulation de liens de filiation et l'absence corrélative des considérations qui sont d'importance pour le droit international privé. Chaque système de circulation des liens de filiation présente des problèmes qui surgissent assez souvent au moment de la transcription des actes de naissance étrangers. L'étude de la jurisprudence révèle plus précisément que le fonctionnement des institutions d'état civil est source d'imprévisibilité et de problèmes liés à la circulation des situations de statut personnel. Pour autant, l'obstacle principal à la circulation des liens de filiation est la conception de l'ordre public international. Le recours à la fraude a également été un obstacle mais dans une moindre mesure. Le recours à ces deux mécanismes est critiquable parce que leur mise en œuvre n'est pas appuyée par une argumentation rigoureuse, nécessaire à des mécanismes dont l'intervention est censée être exceptionnelle.

En revanche, les règles de conflit en matière de filiation ne constituent, à aucun moment, un obstacle à la circulation des liens de filiation. Au contraire, l'invocation des règles de conflit a pu servir d'argument en faveur de la reconnaissance des liens de filiation. Ceci étant, la jurisprudence en matière d'assistance médicale à la procréation ne renforce pas l'argumentation en faveur de la suppression de la règle de conflit et d'une mutation méthodologique au stade de la circulation des rapports de droit ou des situations valablement constituées à l'étranger. L'amélioration du système de circulation

des liens de filiation et plus généralement de situations de droit privé doit plutôt être recherchée dans la mise en œuvre des conditions et de déclenchement des mécanismes d'exception. Une telle évolution passe par le renforcement des exigences de motivation. Un tel changement en pratique permettra d'intégrer des considérations cruciales pour le droit international privé comme la recherche des liens qu'une situation présente avec un ordre juridique étranger, la sécurité juridique et la prévisibilité. Il permettra en même temps de mieux assurer le résultat des politiques restrictives.

Au demeurant, l'examen de la circulation des liens de filiation créés à la suite d'une assistance médicale à la procréation révèle le caractère réducteur d'une division entre pays libéraux et restrictifs. La manière dont une question se pose détermine la position, tantôt libérale tantôt restrictive selon les circonstances, qu'un pays va adopter. L'avènement des technologies de l'assistance médicale à la procréation est indicatif des limites des raisonnements menés en termes des conflits de civilisations. Les affaires de gestation pour autrui et de procréation médicalement assistée prouvent au mieux, qu'au sein de la même région géographique, peuvent coexister des vues diamétralement opposées sur des questions fondamentales comme celle de la filiation. Ces différences animeront le contentieux de droit international privé pendant les prochaines décennies en Europe. C'est une des raisons pour lesquelles il faut reporter notre attention sur l'influence que la Convention européenne des droits de l'Homme et celle du droit de l'Union européenne peuvent avoir sur la circulation des filiations.

CHAPITRE 6

DROIT EUROPÉEN ET MÉTHODE : CATALYSEURS DE LA CIRCULATION D'UNE FILIATION

Les développements qui ont précédé ont démontré que l'ordre public et la fraude à la loi, soulevés devant les juridictions nationales, avaient été les obstacles principaux à la circulation d'un lien de filiation tissé à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Toutefois, le refus de reconnaissance d'un lien de filiation valablement créé dans un ordre juridique par assistance médicale à la procréation est toujours susceptible dans certaines circonstances d'être sanctionné par les systèmes instaurés par la Convention européenne des droits de l'Homme et par l'Union européenne, soit comme une violation du droit à la vie privée et familiale, soit comme une entrave à l'exercice d'une liberté de circulation. Ces deux systèmes affectent donc parfois directement la mise en œuvre des mécanismes tel que l'ordre public. Dans les lignes qui vont suivre nous présenterons les manifestations de l'influence du droit européen sur la reconnaissance de liens de filiation issus d'une assistance à la procréation.

L'analyse du fonctionnement de ces deux systèmes amène, d'un côté, à la constatation qu'ils facilitent la circulation des filiations sans pour autant imposer une reconnaissance de celles-ci telles qu'elles sont constituées dans un ordre juridique étranger. De plus, il faut noter que le droit européen n'intervient en réalité que pour imposer aux États la reconnaissance des situations dont les conséquences ont été déjà admises en droit interne, tantôt officieusement, tantôt explicitement. De l'autre côté l'impact du droit européen sur les méthodes du droit international privé au stade de la circulation des décisions et des situations valablement constituées à l'étranger n'est pas radical.

L'influence du droit européen et les caractères des affaires relatives à la circulation de liens de filiation[876] permettent de confirmer l'idée exprimée dans le chapitre précédent selon laquelle l'adoption d'une méthode de reconnaissance n'affecterait pas radicalement

[876] V. le chapitre 5.

la circulation des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation. Certains arguments d'opportunité et de cohérence avec les solutions de droit international privé au stade de la création d'une filiation invitent toutefois à reconsidérer le rôle de la règle de conflit en matière de filiation au stade de la circulation et à ménager une place à une variante de la méthode de la reconnaissance. La solution que nous proposons puise des éléments dans la méthode de la reconnaissance en les combinant avec le mécanisme de la possession d'état. Cette approche doit aller de paire avec plus de rigueur dans la mise en œuvre du mécanisme de l'ordre public dont la motivation doit mieux respecter les exigences de cohérence imposées par les règles européennes. Le résultat des discussions en doctrine française relatives au renforcement de la motivation des arrêts de la Cour de cassation est de nature à améliorer la façon dont interviennent des mécanismes d'exception du droit international privé. Le renforcement de la motivation dans la mise en œuvre de l'ordre public international est important en ce qu'il est de nature aussi bien à promouvoir la sécurité juridique qu'à assurer le respect des objectifs que se fixe l'ordre juridique, que ce dernier soit restrictif ou libéral. De plus, une réforme du système de circulation des liens de filiation devrait s'accompagner d'une meilleure coopération entre autorités au niveau de l'Union européenne et de l'institution d'un système européen de circulation des actes d'état civil. Un tel système faciliterait, malgré son caractère technique, la circulation de situations constituées à l'étranger. Enfin, les systèmes nationaux d'état civil doivent être reconfigurés afin de prendre en considération les nouvelles configurations de filiation et d'apporter plus de clarté dans les conditions d'intervention des autorités étatiques au stade de l'invocation des actes d'état civil.

Nous démontrerons, dans un premier temps le rôle de catalyseurs de la Convention européenne de droits de l'Homme et du droit de l'Union européenne pour la circulation de rapports personnels malgré les limites inhérentes à la logique de ces deux systèmes [1ère SECTION]. Nous envisagerons, dans un second temps, certaines adaptations du système de circulation de filiations nécessaires pour faciliter cette circulation [2ème SECTION].

SECTION 1

LE DROIT EUROPÉEN CATALYSEUR AFFIRMÉ DE LA CIRCULATION

Nous examinerons ci-après les conditions dans lesquelles peuvent être invoqués les règles et principes de la Convention européenne et du droit de l'Union européenne au bénéfice des personnes revendiquant la reconnaissance de leur statut personnel et en particulier de leur filiation. Nous constaterons que les dispositions de la Convention européenne –et dans une moindre mesure celles du droit de l'Union européenne– peuvent favoriser la reconnaissance et la circulation des différentes configurations de filiations tissées à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Toutefois, le rôle de ces deux systèmes ne doit pas être surestimé. Comme l'observe M. MURAT : « *Il ne faut sans doute pas confondre les droits fondamentaux (ou l'œuvre du droit) avec la déstabilisation que provoque inévitablement –sauf à l'interdire radicalement– l'irruption dans le paysage des possibilités de l'AMP combinés avec l'esprit démocratique de nos sociétés : la déstabilisation viendrait plutôt de la combinaison du fait (les évolutions technologiques et sociales) et de nos systèmes politiques (la démocratie). Les droits fondamentaux ne se trouveraient alors en cause que dans la mesure où ils sont une traduction de la démocratie* »[877].

L'aperçu commencera par l'examen, désormais classique, de l'influence exercée par la Convention européenne des droits de l'Homme (1 §) pour examiner ensuite celle du droit de l'Union européenne qui a été plus modérée à ce jour (2 §).

---

[877] MURAT Pierre, « Enjeux de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation*, *Arch. phil droit* 57 (2014), pp. 285-300, spéc. pp. 287-288, n° 9 ; *contra* LEQUETTE Yves, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la dir. de), *Libertés et droits fondamentaux*, 11ème éd, CRFPA, Dalloz, Paris, 2011, pp. 109-134, spéc. pp. 124-125 qui exprime la crainte à propos de l'arrêt *Wagner* que la logique de cet arrêt constitue un risque pour les sociétés étatiques pouvant « *ébranler l'ordre juridique français* » de nature à permettre aux particuliers d'échapper facilement à l'impérativité des dispositions comme celles relatives à l'interdiction de la gestation pour autrui ou à l'adoption par des couples de personnes de même sexe.

§ 1. L'influence directe de la Convention européenne des droits de l'Homme

L'intervention des dispositions de la Convention européenne au stade de la reconnaissance des situations familiales et des décisions n'est pas un phénomène inédit[878]. Cette problématique a été ranimée en raison de l'association des droits de l'Homme avec le débat des méthodes du droit international privé au stade de la circulation des situations. Ces décisions pourraient « *permettre de considérer que la filiation établie valablement à l'étranger doit être reconnue dans le pays de résidence de l'enfant* »[879]. D'aucuns ont soutenu, avant même le prononcé des arrêts *Mennesson, Labassée*, *Campanelli et Paradiso* et *Foulon et Bouvet*, que le refus de reconnaissance d'un lien de filiation valablement établi dans un pays constituait une violation de la Convention européenne[880]. En dépit de la condamnation de la France et de l'Italie dans ces décisions, la Convention européenne des droits de l'Homme n'impose pas la reconnaissance de tout lien juridique de filiation. L'affirmation d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme dépend dans une large mesure des circonstances de chaque affaire. Nous étudierons, dans un premier temps, les conditions de l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la réception de liens de filiation créés par assistance médicale à la procréation et plus généralement en matière de circulation d'un statut personnel valablement constitué à l'étranger (A). Nous expliquerons, dans un second temps, qu'une vision d'ensemble de la jurisprudence de la Cour européenne révèle des limites de cette influence (B).

878 GANNAGÉ Léna, « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen. Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman », *Rev. Int.l Dr. Comp* 2006, pp. 101-116 ; FULCHIRON Hugues, « « Ne répudiez point... » : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », *RIDC* 2006, pp. 7-26 ; GANNAGÉ Léna, Note sous Cass. civ., 1re, 17 février 2004, no 01-11.549 ; civ., 1re, 17 février 2004, no 02-15.766, *JDI* 2004 pp. 1200-1211 ; FULCHIRON Hugues, « Non-reconnaissance d'un jugement de divorce assimilable à une répudiation unilatérale », *JCP G* 2004 , pp. 1481-1487 ; *NIBOYET Marie-Laure, La Gazette du Palais*, 2004, pp. 29-31.

879 SUDRE Frédéric et al., *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7ème éd., PUF, Paris, 2015, p. 581.

880 V. l'étude de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen : BRUNET Laurence (sous la dir. de), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States,* European Union, Mai 2013, pp. 149-152 ; BIDAUD-GARON Christine, *L'état civil en droit international privé*, thèse de doctorat (préparée sous la dir. de FULCHIRON Hugues), Université Jean Moulin –Lyon 3, présentée et soutenue publiquement le 9 décembre 2005, pp. 320-321, n° 397-398 ; V. aussi BERTHIAU Dominique, BRUNET Laurence, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D* 2011, pp. 1522- 1529, spéc. pp. 1528-1529.

A. AFFIRMATION DE L'INFLUENCE

Dans les lignes qui vont suivre, nous examinerons la manière dont l'influence de Convention européenne s'est fait sentir dans les arrêts *Wagner* et *Negrepontis* (1) et dans affaires relatives à une gestation pour autrui (2).

1. Les arrêts Wagner et Negrepontis

L'invocation des dispositions de la Convention européenne peut être envisagée aussi pour des situations familiales créées *de facto* au sein d'un seul ordre juridique[881]. Toutefois, lorsque la situation familiale est consacrée selon la législation d'un pays autre que celui devant lequel on invoque cette situation les arguments à l'appui de l'application de la Convention européenne sont renforcés. En matière de statut personnel les arrêts *Wagner* c. *Luxembourg* et *Negrepontis-Giannissis* c. *Grèce*[882] ont été les premières illustrations de l'influence de la CEDH sur la circulation des situations en matière familiale[883]. L'arrêt *Wagner*[884] fut le premier à paralyser le résultat de la désignation opérée par la règle de conflit nationale, permettant de la sorte la circulation du statut personnel. En l'espèce une femme luxembourgeoise célibataire, vivant en concubinage avait eu recours à une adoption au Pérou. Selon une pratique suivie de manière ininterrompue de 1970 jusqu'au milieu des années 90, les adoptions prononcées au Pérou étaient transcrites dans les registres de l'état civil luxembourgeois sans qu'il soit nécessaire de demander l'exequatur[885]. Or, Mme Wagner fut obligée de demander l'exequatur du jugement d'adoption plénière de l'enfant parce que la pratique de transcription automatique avait subitement été abandonnée en 1994[886]. L'exequatur lui a été refusé au motif que l'article 367 du Code civil luxembourgeois –désigné comme applicable par les règles de conflit du

---

881 V. l'exemple puisé dans la jurisprudence allemande ; Tribunal constitutionnel fédéral allemand de 1982 (BVerfG 20 novembre 1982, *BVerfGE* 62, 323) cité par KINSCH Patrick, dans sa note sous sous Wagner, *Rev. crit. DIP* 2007, pp. 815-822, spéc. p. 820, note 14.

882 CEDH, 3 mai 2011, req. n° 56759/08.

883 Pour l'influence de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en matière des rapports familiaux v. aussi les arrêts *McDonald c. France* et *Hussin c. Belgique* ; CEDH, 29 avril 1998, *McDonald c. France*, req. n° 18648/04 ; *Rev. crit DIP* 2008, pp. 830-841, note par KINSCH Patrick ; *JDI* 2008, pp. 183-198, note par D'AVOUT Louis ; CEDH, 6 mai 2004, *Hussin c. Belgique*, req. n° 70807/01.

884 CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01 ; *D.* 2007, 2700-2703, note MARCHADIER Fabien ; *Rev.crit DIP*, 2007, pp. 807-822, note par KINSCH ; *JDI* 2008, p. 183-198, note par D'AVOUT Louis ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 81-82, p. 31 note par NIBOYET Marie-Laure.

885 V. point n° 102 de la décision de la Cour, *op.cit*, *supra* note... ; De plus, il a été observé que d'autres enfants ont bénéficié dans le passé de la reconnaissance d'une adoption plénière prononcée au Pérou en faveur des femmes célibataires : para. n° 130 de l'arrêt.

886 KINSCH Patrick, « Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law », *op.cit*, *supra*, p. 264.

for– interdisait l'adoption par des célibataires. La requérante s'est contentée de l'adoption simple mais elle s'est adressée à la Cour européenne en soutenant que le refus de reconnaissance de l'adoption plénière constituait une violation des articles 6[887], 8[888] et de l'article 14 combiné avec l'article 8 CEDH. En l'espèce, l'existence d'un lien de famille *de facto* –condition requise pour l'application de l'article 8 CEDH– ne faisait pas de doute étant donné que l'adoptante avait assumé le rôle de la mère depuis 1996. Une ingérence dans la vie familiale des requérantes pouvait était constatée en raison de la rupture définitive des liens de l'enfant avec sa famille d'origine au Pérou et de son installation au Luxembourg. Plus encore, ne pas reconnaître l'adoption plénière aurait en l'espèce comme conséquence d'empêcher l'intégration complète de l'enfant dans sa famille adoptive[889]. L'enfant garderait à l'égard des autorités luxembourgeoises son nom péruvien[890] et il serait pénalisé dans sa vie quotidienne car, d'une part il ne pourrait pas obtenir la nationalité luxembourgeoise aussi facilement qu'un enfant ayant bénéficié d'une adoption plénière et, d'autre part il serait privé des libertés reconnues par le droit de l'Union européenne. Les buts avancés par le gouvernement à l'appui du refus d'exequatur du jugement péruvien étaient la protection de l'ordre public international et la protection de l'enfant. Le but poursuivi par la législation luxembourgeoise –même s'il pouvait être considéré comme légitime[891]– ne fut pas en l'occurrence reçu comme une justification convaincante pour le refus de reconnaissance de l'adoption. Il ne pouvait pas constituer une mesure nécessaire dans une société démocratique.

Les éléments invoqués à l'appui de la condamnation démontrent la place centrale de l'intérêt de l'enfant dans l'appréciation de l'affaire. De surcroît, la recherche de droit comparé menée par la Cour européenne montrait que la majorité des pays membres du Conseil de l'Europe permettent sans limite l'adoption par des personnes célibataires[892]. La constatation d'un rapprochement des législations sur ladite question facilitait la preuve d'une ingérence disproportionnée dans la vie familiale.

---

[887] L'invocation de l'article 6 reposait sur l'omission des juridictions nationales à fournir une réponse quant à l'objection que le refus de reconnaissance de l'adoption plénière constitue une violation du droit à une vie privée et familiale.

[888] Article 8 : « *1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...).*
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

[889] § 132 de l'arrêt.

[890] § 108 de l'arrêt.

[891] §§ 126 et 153 de l'arrêt.

[892] §§ 70, 129 de l'arrêt.

Une autre donnée renforçant le caractère disproportionné du refus d'accorder l'exequatur à l'adoption était tirée de l'adhésion du Luxembourg à la Convention de La Haye du 1993 en matière d'adoption. L'application de cette dernière emportait l'affaiblissement de la règle de conflit en matière d'adoptions internationales[893]. Cette dernière circonstance relativisait encore davantage l'importance du contrôle de la loi appliquée dans l'accueil de la décision étrangère : la protection de l'ordre public international, argument en faveur du caractère proportionné de l'atteinte, pouvait difficilement être invoquée à l'encontre d'une simple méconnaissance de la règle de conflit de lois.

L'arrêt *Wagner* attire l'attention parce qu'il démontre l'impact de la Convention européenne sur la reconnaissance de rapports familiaux valablement constitués à l'étranger. Plus précisément, la concordance d'un statut familial valablement créé dans un pays étranger combiné à la réalité sociale d'une vie familiale des personnes[894], cette dernière acceptée au sein du pays d'accueil, rendent les exigences de justification d'un refus de reconnaissance de ce statut plus strictes. Ainsi, il ne suffit pas pour un gouvernement d'associer la mise en œuvre d'un système, tel celui de l'exequatur des jugements, à la poursuite de certains objectifs –que la Cour considère comme légitimes– pour qu'un refus de reconnaissance d'un statut personnel effectif passe le seuil de contrôle imposée par la Convention européenne. Il faut à chaque fois vérifier qu'un tel refus est, en vue des circonstances de l'affaire, indispensable pour la poursuite des objectifs. Il importe de souligner dans ce contexte que l'ingérence dans le droit à la vie familiale peut être aggravée en raison de l'internationalité de la situation. Ainsi, les obstacles à mener une vie familiale en l'espèce se renforçaient en raison de la difficulté pour l'enfant d'obtenir la nationalité luxembourgeoise et du fait qu'il n'aurait pas la possibilité de nouer une vie familiale avec ses géniteurs dans le pays d'origine.

L'impact de la jurisprudence de la Cour européenne en matière de circulation des liens de filiation fut également ressenti dans l'arrêt *Negrepontis*[895]. En l'espèce une adoption avait été prononcée à Detroit entre un moine grec et son neveu, les deux domiciliés aux États-Unis. Le neveu et l'oncle étaient rentrés en Grèce en 1985 et 1996 respectivement où l'oncle était mort en 1998. Le neveu demanda la reconnaissance de l'adoption en Grèce en 1999 mais les proches du défunt s'y opposèrent pour contrariété à l'ordre

[893] Le recul du rôle de la règle de conflit dans le système de la Convention de la Haye du 1993 se manifeste en ce que le contrôle lors de la reconnaissance d'un jugement étranger d'adoption se limite à l'ordre public.
[894] §. 133 de l'arrêt.
[895] V. *op.cit*, *supra*.

public international (art. 33 du Code civil grec). La contrariété avec l'ordre public reposait principalement sur une disposition ancienne du droit religieux prohibant l'adoption par des moines et des évêques.

La Cour européenne était saisie sur le fondement des articles 8, 8 et 14 combinés, 6 CEDH et de l'article 1er du protocole 1. Les juges ont confirmé l'existence d'une vie familiale entre le requérant et le moine ayant duré pendant 24 ans et ont conclu que le refus de reconnaissance de l'adoption constituait une ingérence prohibée. L'ingérence était prévue par une loi dont le but –la protection de l'ordre public– était admis comme légitime. Cependant, le refus de reconnaissance n'était pas considéré comme proportionné au regard de ce but. Le caractère suranné des règles prohibant cette adoption –consacrées au 7ème et 9ème siècle– le manque d'interprétation uniforme de ces règles au sein de la Cour de cassation grecque[896], l'adoption en Grèce d'une loi en 1982 permettant le mariage aux prêtres[897] et le fait que l'adopté était adulte au moment de son adoption expliquaient l'affirmation de la violation de l'article 8[898].

2. Les arrêts en matière de gestation pour autrui

Les arrêts *Mennesson* et *Labassée, Campanelli* et *Foulon et Bouvet* confirment l'impact de la Convention européenne sur la reconnaissance d'une filiation obtenue par assistance médicale à la procréation dans un pays libéral par un autre État de réception [899]. Avant les arrêts *Mennesson* et Labassée cette position n'avait été qu'exceptionnellement acceptée par

[896] Certains juges ont été de l'avis que la reconnaissance de l'adoption ne contrarie pas la conception d'ordre public : Pt. 73 de l'arrêt.
[897] § 72 de l'arrêt.
[898] Au demeurant, la Cour a, également, confirmé la violation de l'ensemble des dispositions invoquées à l'appui de la requête.
[899] Avant le prononcé des arrêts *Mennesson* et *Labassée* on pouvait observer l'absence d'une position ferme en doctrine en faveur de l'affirmation de la violation de la Convention dans les cas de refus de reconnaissance des liens de filiation suite à une gestation pour autrui.V. l'étude de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen : BRUNET Laurence (sous la dir. de), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States,* European Union, Mai 2013, pp. 151-152 ; V. aussi BOLLÉE Sylvain, note sous Cour de cassation, 1re civ., 17 déc. 2008, no 07-20.468, *J.D.I.* 2009, pp. 577-586, et spéc. pp. 583-584 ; v. aussi GUILLAUMÉ Johanna, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, préf. de Clothilde Grare-Didier, L.G.D.J., Paris, 2011, pp. 493-494, no 1163, p. 497, no 1168, qui soutient que le refus de reconnaissance de la filiation issue de la gestation pour autrui établie à l'étranger constitue une ingérence qui ne peut pas être justifiée. L'impact de la Convention européen était déjà envisagée en doctrine avant l'intervention de la Cour européenne v. entre autres D'AVOUT Louis, note sous CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c Luxembourg*, req. n° 76240/01, *JDI* 2008, pp. 183-198, spéc. p. 196 ; v. aussi sur cet impact LIBCHABER Rémy, « Les transformations dans les sources du droit », *RDA* février 2015, pp. 7-29, spéc. pp. 27-28, no 24.

les juridictions françaises[900]. Elle avait toutefois été invoquée devant d'autres juridictions nationales. Ainsi, le Tribunal Constitutionnel d'Autriche[901] avait traité deux affaires de gestation pour autrui. Dans la première, la procédure avait eu lieu en Géorgie des États-Unis et dans la seconde, en Ukraine. Dans les deux cas, le tribunal a reconnu comme parents les parents d'intention malgré la règle de principe du droit autrichien selon laquelle la mère est la femme ayant accouché de l'enfant. Ces arrêts étaient pris au motif que l'application des règles substantielles en l'espèce conduirait à une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ce raisonnement a été confirmé –au moins partiellement– par la jurisprudence de la Cour européenne.

Nous avons déjà évoqué les faits ayant donné lieu aux affaires *Labassée* et *Mennesson* contre France[902]. La France a été condamnée en raison du refus de reconnaître ou d'établir tout lien avec un père et ses enfants biologiques. Cette condamnation n'a en l'occurrence pas eu lieu sur le fondement de la violation de la vie familiale des parents d'intention. La Cour a jugé que les parents d'intention avaient pu construire et mener une vie familiale *de facto* et que les difficultés rencontrées ne dépassaient pas les limites imposées par la Convention[903]. Un regard attentif sur ces arrêts permet de soutenir que la condamnation de l'État français reposait dans une large mesure sur l'existence de plusieurs éléments contradictoires dans la politique française de prohibition de la gestation pour autrui. En définitive, c'est pour une violation du droit à la vie privée de l'enfant que la Cour a condamné la France. Certes, d'après l'étude des droits étrangers effectuée par la Cour, celle-ci concluait à l'absence de consensus entre les pays du Conseil de l'Europe aussi bien quant à la réglementation de l'accès aux techniques et processus d'assistance à la procréation que par rapport aux liens de filiation qui en résultent. L'absence d'un tel consensus « *reflète le fait que le recours à la GPA suscite de délicates interrogations d'ordre éthique* » et par conséquent les États jouissent d'une ample marge

[900] L'argument a été rejeté dans un cas relatif à la transcription des actes de naissance : Paris, 26 février 2009, *JCP* 2009, pp. 17-19 ; note MIRCOVIC Aude, « La transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse américaine sur les registres de l'état civil français doit être annulée » ; de l'autre côté l'article 8 § 1 C.ED.H. avait été invoqué par la Cour d'appel de Paris au soutien de sa décision à prononcer l'adoption d'un enfant né suite à une gestation pour autrui ; Paris, 15 juin 1990, *J.D.I.* 1990, p. 982-994, note par GAUDEMET-TALLON Hélène ; *D.* 1990, p. 540, note BOULANGER François ; *Rev. crit DIP* 1991, p. 711-731, note LABRUSSE-RIOU Catherine.

[901] Österr. VfGH, 11.10.2012-B99/12, oben S. 271, Nr. 20 et österr. VfGH, 14.12.2011-B13/11-10, oben S. 275, Nr. 21 ; Sur ces arrêts v. LURGER Brigitta, « Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland-das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leimutterschaftsverbot », *IPrax* 2013, pp. 282-289 ; V. aussi BASEDOW Jürgen, « The law of open societies–private ordering and public regulation of international relations », *RCADI* 2012, t. 360, spéc. p. 426, n° 534, soutenant que la solution de la Cour constitutionnelle autrichienne paraît plus conforme au bien-être et à l'intérêt supérieur de l'enfant.

[902] V. chapitre 5, section 1, B, 2, pp. 320 et *seq.*

[903] V. § 79 de l'arrêt.

d'appréciation[904]. Cependant, la Cour a ajouté que chaque fois qu'un aspect essentiel de l'identité d'une personne est en cause cette marge devait être réduite[905]. Il était ensuite relevé que l'établissement de la filiation est un élément crucial de l'identité de l'enfant, protégé sous le volet de la vie privée de l'article 8. De plus, la Cour avait pris en considération les problèmes auxquels les enfants seraient confrontés en raison de l'incertitude relative à leur lien de filiation, leur nationalité et leurs droits successoraux. La combinaison de ces éléments a conduit à la confirmation de la violation de l'article 8.

Il ressort des arrêts *Mennesson* et *Labassée* que le manque de cohérence dans la poursuite des objectifs avancés par le Gouvernement français avait joué un rôle central pour l'affirmation de la violation de la Convention européenne. En France, plusieurs éléments démontraient ce manque de cohérence dans la poursuite d'une politique qui s'est voulue restrictive de la gestation pour autrui. Ainsi, malgré la ferme opposition du parlement français à une légalisation de la gestation pour autrui, excluant la possibilité de sa légalisation, plusieurs indices, parmi lesquels la circulaire Taubira, les arrêts du Conseil d'État attribuant des documents de voyage à des enfants conçus à la suite d'une gestation pour autrui en Inde[906] démontrent que l'ordre juridique français accepte de faire produire des effets aux gestations pour autrui effectués à l'étranger[907].

Dans l'affaire *Campanelli* contre Italie les faits étaient différents. Un couple avait eu recours à une gestation pour autrui en Russie[908]. Les parents d'intention avaient tenté de faire transcrire les actes de naissance les indiquant comme parents. Les procédures initiées ont permis aux intéressées d'obtenir des documents de voyage mais leurs problèmes n'avaient que commencé une fois qu'ils étaient de retour en Italie. Les procédures menées devant les autorités italiennes avaient révélé que le père d'intention

---

904 V. § 79 de l'arrêt.
905 V. § 80 de l'arrêt.
906 La Cour prend en considération, entre autres éléments, l'arrêt du Conseil d'État du 4 mai 2011 rejettant l'appel formé contre une ordonnance du juge administratif de Lyon enjoignant de faire bénéficier les enfants conçus par gestation pour autrui en Inde des documents de voyage : v. § 35 de la décision ; v. plus récemment CE, 3 août 2016, n° 401924 ; D. 2016, note LE MAIGAT Patrice, p. 1700.
907 La Cour invoque tous ces éléments pouvant être considérés contradictoires à propos de la position du droit français en matière de gestation pour autrui : v. §§ 35-37 de la décision.
908 CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, req. n° 25358/12; *JCP* 2015, pp. 1384-1390, note SUDRE Frédéric ; *Gaz. Pal. ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël* ; *D.* 2015. p 702, obs. GRANET-LAMBRECHTS Frédérique ; *id.* p. 755, obs. GALLOUX Jean Christophe et GAUMONT-PRAT Hélène ; *AJ fam.* 2015 p. 165, obs. VIGANOTTI Elisa ; ibid. 77, obs. DIONISI-PEYRUSSE Amélie ; *RTD civ.* 2015, pp. 325-331, note MARGUÉNAUD, Jean-Pierre ; FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campaneli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 1-42 ; v. aussi CEDH, 8 juillet 2014, *D. et autres c. Belgique*, req. n° 29176/13 : dans cette affaire la séparation temporelle d'un couple des enfants nés d'une gestation pour autrui en Ukraine n'était pas suffisante pour conduire à la condamnation de la Belgique pour les contrôles effectués par ses autorités consulaires.

n'avait pas de lien génétique avec l'enfant et ont conduit à l'éloignement de l'enfant des parents d'intention et à son placement dans une famille d'accueil en vue d'une adoption ultérieure. Un recours fut formé devant la Cour européenne sur le fondement des articles 6, 8 et 14 de la Convention européenne en raison du refus de reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger et des mesures de placement et d'éloignement de l'enfant des parents d'intention[909]. Ceci étant, la décision s'était limitée à l'appréciation de la mesure d'éloignement.

Il importe de noter dans cet arrêt l'affirmation de l'existence d'une vie familiale *de facto* entre les requérants et l'enfant né de la gestation pour autrui bien qu'entre le moment de l'entrée sur le territoire italien et la mesure de placement ne s'étaient écoulés que six mois[910]. Les juges n'ont fait aucun jugement de valeur relatif à la position du droit italien par rapport aux liens de filiation. Ils se sont contentés d'examiner la conventionalité de la mesure d'éloignement. La mesure a été considérée comme trop extrême[911] mais elle n'était pas en tant que telle remise en cause par la Cour. L'Italie a été condamnée mais l'enfant n'a pas été retourné aux parents d'intention. Le gouvernement a fait un recours contre l'arrêt toujours pendant devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme.

La condamnation de l'Italie a été suivie par une nouvelle condamnation de la France, malgré le revirement opéré par la Cour de cassation française le 3 juillet 2015. Celle-ci est intervenue le 21 juillet 2016 dans les affaires *Foulon* c. *France* et *Bouvet* c. *France*[912]. Le recours avait été formé par deux couples d'hommes dont le cas avait été jugé par la Cour de cassation le 13 septembre 2016. Les arrêts du 3 juillet 2015 de la Cour de cassation et la dépêche du 7 juillet 2015 du ministère de la justice invitant le parquet général de tirer les conséquences de ces arrêts ne résolvaient pas les problèmes des intéressés quant à leur situation familiale. Le Gouvernement français dans ses observations dans les affaires *Foulon* et *Bouvet* notait que la transcription des actes de naissance n'était pas possible en raison de l'autorité de la chose jugée des décisions relatives à l'annulation de ces transcriptions et pour M. Foulon et sa fille aussi de sa

[909] La Cour devait également examiner un grief découlant du refus de transcription de l'acte d'état civil, grief qui fut rejeté parce que les requérants ne s'étaient pas pourvus en cassation contre l'arrêt du 3 avril 2013 de la Cour d'appel de Campobasso les ayant débouté de leur demande.
[910] V. § 89 de l'arrêt.
[911] V. § 80 de arrêt.
[912] CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon* et *Bouvet c. France*, req. n[os] 9063/14 et 10410/14 ; *D.* 2016, p. 1648 ; *JCP* 2016, pp. 1727-1728, note FAVIER Yann ; *AJDA* 2016, p. 1748, chron. BURGORGUE-LARSEN Laurence.

reconnaissance[913]. Il ajoutait, toutefois, qu'en l'état actuel du droit la possession d'état et la reconnaissance constituaient des voies possibles pour l'établissement des liens de filiation entre les requérants et leurs enfants. Les explications avancées n'ont pas été considérées comme convaincantes en raison du caractère hypothétique des voies suggérées par le Gouvernement[914]. En effet, le gouvernement français parlait des voies qui « *paraissent aujourd'hui envisageables* »[915]. Enfin, les juges de la Cour avaient noté le fait que les requérants contestaient l'existence de solutions préconisées par le gouvernement et du fait que ce dernier ne tirait « *aucune conclusion quant à la recevabilité ou le bien-fondé de leur requête* [des intéressés] »[916]. Ces observations combinées à la similarité des conditions de ces affaires avec celles dans les affaires *Mennesson* et *Labassée* ont conduit à cette nouvelle condamnation de la France. Il convient néanmoins de noter qu'une loi vient d'être votée permettant aux juridictions judiciaires[917] un réexamen des leurs décisions après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Ce dernier arrêt ne doit pas être interprété comme une simple réaffirmation de la solution des arrêts *Mennesson* et *Labassée*. L'arrêt démontre que toute solution qui laisse dans l'incertitude le statut des enfants nés d'une gestation pour autrui peut constituer une violation du droit à la vie familiale. La réponse de la Cour est raisonnable. Elle l'est tout d'abord parce que la Cour de cassation dans ses arrêts du 3 juillet 2015 s'était gardée de se prononcer sur le problème de la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui[918]. Ensuite, dans ces affaires la reconnaissance était –selon le gouvernement– envisageable uniquement pour M. Bouvet et ses enfants. Ceci signifiait que pour le gouvernement français le premier requérant et sa fille devraient attendre que les conditions de la possession d'état soient réunies en espérant que les juges français considéreraient que la circulaire de présentation de l'ordonnance 759/2004 du 4 juillet 2005 ne soit pas prise en

---

[913] § 53 de l'arrêt.
[914] § 56 de l'arrêt.
[915] § 53 de l'arrêt.
[916] § 56 de l'arrêt.
[917] Loi n° 824 du 12 octobre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle. L'article 42 qui modifie le code de l'organisation judiciaire prévoit : « *3° Il est ajouté un chapitre II ainsi rédigé : « CHAPITRE II « Réexamen en matière civile « Art. L. 452-1. – Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions* ».
[918] En ce sens v. aussi FULLI-LEMAIRE Samuel, « International Surrogate Motherhood before the French Cour de cassation – The Doors now ajar, *Judgments of the French Cour de cassation of 3 July 2015* », *ZEuP* 2016 (à paraître).

considération[919]. La condamnation dans les affaires *Foulon* et *Bouvet* risque de ne pas être la dernière condamnation de la France, une autre affaire étant pendante devant la Cour européenne[920].

En dépit de ces condamnations répétées, il ne faut pas croire que l'intervention de la Convention européenne de droits de l'Homme est sans limite.

B. LIMITES DE L'INFLUENCE

L'étude de la jurisprudence et du système établi par la Convention européenne ne conduit pas à l'affirmation d'une obligation générale de reconnaissance de liens de filiation tels que créés dans un ordre juridique étranger à la suite d'une assistance médicale assistée à la procréation[921]. Des limites explicites à l'intervention de la Cour européenne sont prévues dans les articles 8 et 14 CEDH[922] et se manifestent clairement dans la jurisprudence rendue en matière de relations familiales et de liens tissés à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Nous examinerons, dans un premier temps les limites inhérentes au système de la Convention européenne (1) et, dans un second temps la manière dont ces limités se sont cristallisées en matière de gestation pour autrui (2).

1. Les limites inhérentes au système de la Convention européenne

La logique même, la méthode et les critères d'interprétation du système de la Convention européenne révèlent des limites à la facilitation de la reconnaissance et la circulation de liens de filiation créés à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Une première limite découle de la manière dont le contrôle de proportionnalité est conduit. Ce contrôle, instrument principal de l'évaluation d'une ingérence étatique, est affecté

[919] Cette circulaire du 30 juin 2006 « *indique que le caractère équivoque peut notamment résulter d'une fraude ou d'une violation de la loi, ajoutant qu'il peut en aller ainsi lorsque la possession d'état est invoquée pour contourner les règles régissant la gestation pour autrui* ».

[920] CEDH, *Laborie c. France*, req. n° 44024/13.

[921] V. sur l'évaluation du refus de reconnaissance d'une filiation issue d'une gestation pour autrui à la lumière de la C.E.D.H. DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « La conformité à l'article 8 de la C.E.D.H. des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe,* Dalloz, Paris, 2012, pp. 157-177, spéc. p. 171 et *seq.*

[922] Il faut rappeler que : « *…là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou aussitôt que possible après, l'intégration de l'enfant dans sa famille* » [*X.Y.Z c. Royaume-Uni*, § 43 ; CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74 § 31 ; CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, § 72 ; CEDH, 26 mai 1994, *Keegan* c.*Irlande*, § 50 ; CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 32]

directement par la doctrine de la marge d'appréciation[923]. Selon cette doctrine, une discrétion ou une marge d'appréciation est reconnue aux États chaque fois que ceux-ci prennent une mesure législative, administrative ou judiciaire dans le domaine des droits garantis par la Convention[924]. En fonction du contexte dans lequel la question de la violation d'un droit se pose, l'on peut être amené à reconnaître que l'autorité nationale peut mieux apprécier la nécessité d'une restriction, ce qui ne va toutefois pas jusqu'à reconnaître un pouvoir illimité aux États[925]. Il s'ensuit de cette doctrine qu'en pratique, au moment de l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure étatique, une attention particulière est accordée à la balance faite par les États entre les intérêts publics et les intérêts individuels[926].

Le degré de discrétion reconnu aux États dépend du contexte. Une discrétion considérable est reconnue dans le domaine de la protection de la morale publique[927]. De plus, on observe que « *lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large. La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention* »[928]. Malgré les difficultés relatives à la mise en œuvre de cette doctrine[929], on note en général que chaque fois qu'une divergence existe entre les conceptions du droit matériel des pays membres du Conseil d'Europe ou lorsqu'une pratique étatique pouvant être constitutive d'une violation est suivie par un nombre considérable d'États, la Cour se gardera d'affirmer une violation de la part de l'État qui est en cause[930]. Dans des cas

---

923 BERGÉ Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, 2ème éd., 2011, pp. 233-234, n° 305 ; FAVOREU Louis et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 470-471, nº 539 ; HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ème éd., OUP, Oxford, 2009, pp. 10-14.

924 CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, A24, §§ 48-49 ; SUDRE Frédéric et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7ème éd., PUF, Paris, 2015, pp.77-90 ; HARRIS et al*., Law of the European Convention*… », *op.cit.*, p. 11.

925 HARRIS et al*., Law of the European Convention*… », *op.cit.*, *supra* , p. 12.

926 *Ibid.*, p.12.

927 CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni* ; HARRIS et al*., Law of the European Convention*… », *op.cit.*, *supra*, p. 13 ; V. plus récemment CEDH, Grande chambre, 16 décembre 2010, *A.B.C. c. Irlande*, req. n° 25579/05.

928 CEDH, *Evans c. Royaume-Uni* § 77 Grande Chambre ; CEDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, req. nº 21830/93, § 44 ; CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France,* nº 36515/97, § 41, CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin,* req. nº 28957/95, § 85 ; *Odièvre, arrêt précité, §§ 44-49, et Fretté, arrêt précité, § 42* ; v. aussi CEDH, 4 décembre 2007, *Dickson c Royaume Uni*, req. n° 44362/04 ; HARRIS et al*., ibid.*, p. 13.

929 HARRIS et al*., Law of the European Convention*… », *op.cit.*, *supra* note…, p. 14; HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 2ème éd., DALLOZ, 2015, p. 155, nº 190.

930 HARRIS et al*., Law of the European Convention*… », *op.cit.*, p. 9.

d'absence de consensus, une ample marge d'appréciation est reconnue aux États[931]. En même temps, la présence d'un consensus bien établi ne suffit pas toujours pour affirmer la violation de la Convention européenne comme le démontre l'arrêt *A.B.C. c. Irlande* rendu en matière de l'avortement[932].

Il faut donc relever le manque de consensus sur la réglementation de la filiation des enfants nés d'une assistance médicale à la procréation qui ressort clairement de l'étude comparative des législations des pays européens et des arrêts de la Cour europénne *Evans c. Royaume-Uni*[933], *S.H. c. Autriche* et *X. Y.Z. c. Royaume Uni.* De plus, il ressort des données jurisprudentielles que la Cour fait preuve de prudence dans des affaires soulevant des vives controverses suscitant des débats au sein des sociétés étatiques[934]. Bien que cette dernière observation ne puisse pas être érigée en règle, toute la construction du système de la Convention européenne des droits de l'Homme tel qu'il est interprété par la Cour, incite à penser que la prudence de la Cour est le résultat de mécanismes d'autolimitation du système[935]. C'est une des raisons pour lesquelles la crainte que le système établi par la Convention européenne des droits de l'Homme finisse par ébranler les sociétés étatiques[936] doit être relativisée[937].

La Cour face à des questions délicates comme celles soulevées par certaines techniques d'assistance médicale à la procréation, est très attentive chaque fois qu'elle aboutit à affirmer la violation de la Convention européenne. À l'appui de cette approche mesurée, la Cour invoque de manière constante la diversité des législations qui lui permet de reconnaître une large marge d'appréciation, et par conséquent de discrétion, aux États. Cette dernière doctrine était explicitement prise en considération dans *Negrepontis* dans lequel on notait que « *la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des*

---

[931] Pour un exemple récent en matière de mariage des personnes de même sexe v. CEDH, 9 juin, 2016, *Chapin et Charpentier*, n° 40183/07 ; *JCP* 2016, p. 1307, note SUDRE Frédéric ; FAVOREU Louis et al., Droit des libertés fondamentales, Dalloz, Paris, 2016, pp. 471, n° 539.

[932] CEDH, Grande chambre, 16 décembre 2010, *A.B.C. c. Irlande*, req. n° 25579/05 ; HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *préc.*, note.., p. 155, n° 191 ; ,V. sur cet arrêt HERVIEU Nicolas, « L'avortement devant la Cour de Strasbourg : une « morale » de l'histoire bien décevante (Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, *A. B. C.* c. *Irlande*)», consultable sur : < <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/12/19/l%E2%80%99avortement-devant-la-cour-de-strasbourg-une-morale-de-l%E2%80%99histoire-bien-decevante-cour-edh-gc-16-decembre-2010-a-b-c-c-irlande/> dernière visite le 12.10.2016.

[933] V. *op.cit.*, *supra.*

[934] MURAT Pierre, « Enjeux de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation*, *Arch. phil droit* 57 (2014), pp. 285-300, spéc. pp. 295-297, 300 ; en ce sens v. aussi FULCHIRON Hugues, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, pp. 1472-1476, spéc. p. 1476.

[935] C'est pourquoi nous pensons que la prudence démontrée par la Cour ne peut pas être considérée comme une donnée purement sociologique.

[936] LEQUETTE Yves, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », préc., note …, p. 124-125.

[937] V. en ce sens MURAT Pierre, « Enjeux de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation*, *Arch. phil droit* 57 (2014), pp. 285-300.

Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard »[938]. Ce rappel est significatif de la place de cette théorie au contrôle exercé par la Cour de Strasbourg.

Enfin, une limite à l'impact de la Cour européenne découle du fait que l'obligation de protection de la vie familiale telle consacrée par la Convention européenne des droits de l'Homme n'équivaut pas à la reconnaissance du lien de filiation dans les mêmes termes que ceux de l'ordre juridique dans lequel le lien est établi[939]. Cette limite ressort clairement aussi de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui.

2. Les limites en matière d'assistance médicale à la procréation

L'analyse des modalités d'intervention de la Cour européenne en matière d'assistance médicale à la procréation permet de mieux comprendre ses limites. La jurisprudence de la Cour européenne en matière du droit de la famille et de gestation pour autrui démontre que la réglementation des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation et la réglementation des filiations qui en résultent entre bien dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne. Les liens de filiation, tissés à la suite d'une assistance à la procréation entrent aussi dans la conception de la vie familiale, telle qu'entendue par la Cour européenne. Les critères requis pour la constatation d'une vie familiale, à savoir « *un lien de parenté auquel s'ajoute une relation effective* » sont remplis en présence d'un lien tissée à la suite d'un processus d'assistance à la procréation[940]. Elles le sont entre autres parce que les deux conditions nécessaires pour la constatation d'une vie familiale, à savoir la parenté et l'effectivité de la vie familiale, jouent alternativement[941]. Partant, l'absence de l'une de ces deux conditions ne conduit pas nécessairement à nier l'existence d'une vie familiale. En outre, l'existence du lien de parenté peut difficilement être niée chaque fois qu'à la suite de l'assistance à la procréation la personne concernée a un lien génétique avec l'enfant né[942]. Pour ce qui concerne l'effectivité de la relation familiale dans ces cas, celle-ci résulte du fait que la responsabilité parentale de l'enfant est

---

938 V. l'arrêt *Negrepontis-Gianisis c. Grèce*, *op.cit.*, § 69.

939 V. en ce sens *Chavdarov* ; *Campanelli*, § 77 : « *…en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut créé à l'étranger les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonable (a contrario Wagner et J.M.W.L § 135* ».

940 CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74 ; SUDRE Frédéric et al., *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7ème éd., Paris, 2015, pp. 570-579, spéc. pp. 576-579.

941 SUDRE Frédéric et al., *Les Grands arrêts de la Cour européenne…*, *ibid.* pp. 576-579.

942 On observe que la parenté est entendue de manière large de sorte qu'on peut penser que le lien génétique sera suffisant pour confirmer son existence : SUDRE Frédéric et al., *Les Grands arrêts de la Cour européenne…*, préc., note .., p. 578.

confiée aux personnes revendiquant la reconnaissance du lien de filiation dans le pays d'accueil[943].

Ceci étant, la condition de la vie familiale sera en principe remplie même dans l'hypothèse où le conjoint ou la conjointe dont le statut de parenté est en cause, n'a pas de lien génétique avec l'enfant. C'est l'un des enseignements de l'arrêt *X., Y. et Z c Royaume-Uni* du 22 avril 1997[944] ayant reconnu l'existence d'une vie familiale entre un transsexuel, sa compagne et leur enfant né par insémination artificielle avec donneur. Dans un autre cas, l'existence d'une vie familiale entre un enfant et la concubine de la mère de l'enfant avait été confirmée en raison de la durée et la stabilité de la vie commune des deux femmes et du fait qu'elles avaient désiré l'enfant, considérée comme le fondement de la vie familiale[945].

Le refus de reconnaissance d'une filiation établie dans un État par un pays d'accueil constituera donc une ingérence dans la vie familiale. L'affirmation d'une violation nécessite toutefois d'examiner si ce refus poursuit un objectif légitime et s'il peut être considéré comme proportionnel au regard de l'objectif invoqué. La légitimité d'une mesure étatique s'apprécie à la lumière de l'article 8 § 2 CEDH[946]. Un État peut selon cette dernière disposition invoquer au soutien de la légitimité de sa mesure la protection de la morale, de la santé, des libertés et des droits d'autrui ou encore la protection de la famille traditionnelle[947] pour justifier le refus de reconnaissance d'une filiation valablement établie à l'étranger. La légitimité des objectifs poursuivis par la solution étatique de refus de reconnaissance sera affirmée dans la plupart des cas. Ceci étant et en considération des motivations déjà avancées, notamment par les juridictions françaises à l'appui du refus d'un lien de filiation créé à la suite d'une gestation pour autrui[948]. De même, le refus de reconnaissance d'un lien de filiation créé en faveur d'un couple de femmes à la suite d'une procréation médicalement assistée sera dans la plupart des cas considéré comme une mesure légitime. Le refus de reconnaissance constituera

---

[943] L'effectivité est considérée comme une condition essentielle : SUDRE Frédéric et al., *Les Grands arrêts de la Cour européenne*…, *op.cit.*, *supra* , pp. 578-579.

[944] *JCP* G, 1998, I, 107, obs. SUDRE Frédéric.

[945] *Gas et Dubois c France,* 31 août 2010, *AJ Famille*, 2010, p. 433, obs. SIFFREIN-BLANC Caroline ; SUDRE Frédéric et al., *Les Grands arrêts de la Cour européenne*…, préc., *supra* note .., p. 577. ; Comp . aussi Conseil constitutionnel, 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, *JPC* 2010, 1145.

[946] Article 8 § 2 : «*Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* ».

[947] V. ainsi par rapport à l'adoption coparentale dans un couple de personnes de même sexe la Cour a admis dans l'affaire *X. c. Autriche*, CEDH, gr. Ch., 19 février 2013, n° 19010/07, *X. et a. c. Autriche*, que « *le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme* » constitue un but légitime : v. § 138.

[948] V. *supra* ch. 5.

donc une violation de l'article 8 seulement s'il n'est pas nécessaire dans une société démocratique, à savoir s'il ne passe pas le test de proportionnalité.

Il n'est pas toutefois possible d'affirmer de la même manière générale la proportionnalité d'une mesure, telle que le refus de reconnaissance d'une filiation. L'appréciation de la proportionnalité ne peut pas être menée *in abstracto*. Les données de chaque espèce jouent un rôle crucial pour cette appréciation, la méthode de la Cour européenne étant concrète et casuelle. Sa mission consiste à apprécier l'effet spécifique d'une solution émanant d'un État[949] sur les droits des personnes et non pas de contrôler *in abstracto* les règles du droit interne[950]. Par conséquent, chaque affaire est unique et chaque élément peut être décisif pour l'évaluation de celle-ci[951]. Il n'en reste moins que les données régulièrement présentes dans des affaires de filiations issues d'une assistance médicale à la procréation permettent de former une première idée générale quant à l'appréciation éventuelle du contrôle de proportionnalité.

L'évaluation de la proportionnalité d'une telle mesure est difficile. Une des difficultés tient à l'appréciation de l'aptitude de cette mesure à atteindre le but que l'ordre juridique qui le décrète, lui a assigné. Plus précisément une seule mesure –en l'espèce le refus de reconnaissance du lien de filiation– ne peut que rarement être à même à elle seule d'atteindre un objectif d'une telle généralité que la protection de la dignité humaine ou la protection de la famille au sens traditionnel du terme[952]. Une mesure spécifique examinée isolée du contexte juridique dans lequel elle s'insère ne pourra qu'être le plus souvent inadéquate à elle seule à atteindre un tel objectif. Elle pourrait éventuellement contribuer à l'atteindre. Ceci étant, le contrôle de la proportionnalité conduit à se demander principalement si l'atteinte infligée au droit protégé est démesurée par rapport au but de la réglementation en question.

---

[949] Toute autorité qui est liée à un État est concernée.

[950] KINSCH Patrick, commentaire sous CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c Luxembourg*, req. n° 76240/01, *Rev. crit. DIP* 2007, pp. 807-822, spéc. p. 817 ; V. cependant le dernier arrêt de la Cour européenne CEDH, Gr. ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. nos 29381/09 et 32684/09 ; LAFFAILLE Franck, « L'arrêt Vallianatos c/ Grèce et la protection conventionnelle des couples homosexuels », *D.* 2013, pp. 2888-2891, spéc. p. 2888 ; GIANNOPOULOS L. Christos, « La fin annoncée de l'exception grecque et l'occasion manquée d'appréhender la 'vie commune' des couples homosexuels sous forme d'obligation positive », [PDF], in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 13 décembre 2013.

[951] Une donnée parmi d'autres qui présente un intérêt particulier pour le droit international privé et qui peut influer sur la réponse à apporter, est le temps ayant écoulé depuis le moment de l'établissement du lien de filiation à l'étranger et le moment où la question de sa reconnaissance surgit devant le juge requis.

[952] Ces deux objectifs étaient avancés pour justifier le refus de reconnaissance en matière de gestation pour autrui et en matière des liens de filiation en faveur d'un partenaire homosexuel à la suite d'un projet parental effectué par procréation médicalement assistée.

Les difficultés du contrôle de proportionnalité ont été longtemps passées sous silence au motif qu'une ample marge d'appréciation était reconnue aux États en matière d'assistance médicale à la procréation tant en ce qui concerne les conditions d'ouverture de l'accès à ces techniques[953] qu'en ce qui concerne la possibilité d'instituer un lien familial après le recours à une technique d'assistance à la procréation[954]. Ainsi, on observait que la Cour n'était pas prête à adopter une interprétation dynamique du texte de la Convention modifiant la portée de celle-ci que dans des cas bien précis[955]. Ses juges faisaient preuve de prudence et ne procédaient à l'élargissement de son champ d'application que lorsqu'une telle évolution était acceptée par une large majorité d'États[956]. Par ailleurs, cette approche révèle que malgré l'invocation du caractère universel des droits de l'Homme, le système de la Convention européenne reste le résultat d'un compromis politique. Les juges dans leur interprétation du texte ne s'éloignent pas facilement des positions juridiques des États dans certains domaines[957] pour que la confiance des États dans le système de la Convention ne soit pas ébranlée.

L'ample marge d'appréciation résultant, du caractère sensible des questions posées mais aussi du manque de consensus, n'avait toutefois pas suffit à épargner aux États une condamnation pour la violation du droit à la vie familiale d'un transsexuel. L'intervention de la Cour européenne dans ce domaine et l'affirmation d'une violation de la Convention étaient survenues à un moment où il n'existait pas de position commune entre les États membres du Conseil de l'Europe sur cette question. Le droit des États était en voie de transition. L'existence d'une majorité d'États et d'une tendance généralisée entre les différents États au niveau mondial vers une reconnaissance juridique de la nouvelle identité de transsexuels ayant changé de sexe étaient considérés comme des éléments suffisants pour cette intervention. L'on pouvait soutenir que la position volontaire de la Cour se justifiait en partie par le caractère limité et peu sensible politiquement de la question de la condition des transsexuels. Quelle que fut sa valeur, cette objection n'est plus valable après l'arrêt *X et autres* contre *Autriche X* qui concernait

---

953 V. notamment l'arrêt *S. H. c. Autriche*, *op.cit.*, *supra.* ; en ce sens MURAT Pierre, « Enjeux de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation*, *Arch. phil droit* 57 (2014), pp. 285-300.

954 V. les arrêts *Kerckhoven*, et *Gas et Dubois*, *op.cit.*, *supra.*

955 HARRIS et al.*, Law of the European Convention…* », *op.cit.*, *supra*, p. 8

956 HARRIS et al.*, Law of the European Convention…* », *op.cit.*, *supra*, p. 8 ; En ce sens v. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. nº 6833/74 § 41 ; CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. nº 7525/76, § 45 ; HARRIS, *op. cit.*, p. 8.

957 STAVROS Stefanos, *The guarantees for Accused Persons under* Article *6 of the European Convention on Human* Rights, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Dordrecht/Boston/London, 1993, p. 346 ; HARRIS et al.*, Law of the European Convention…* », *op.cit.*, *supra*, p. 9.

l'adoption au sein des couples de même sexe[958]. Dans cette dernière affaire la Cour avait fait preuve d'un certain activisme. La voie paraissait donc ouverte pour l'application des enseignements des *arrêts Wagner* et *Negrepontis* aussi en matière de liens de filiation créés à la suite d'une procréation médicalement assistée et d'une gestation pour autrui.

Les données des situations créées à la suite d'une assistance médicale à la procréation sont souvent « *fondamentalement les mêmes* » avec celles des arrêts *Wagner* et *Negrepontis*, à savoir *« une situation a priori illicite constituée avec le concours d'un ordre juridique complaisant, et l'existence de liens familiaux qui de facto sont puissants et pressent le droit d'accorder son absolution* … »[959]. Il n'en reste moins que l'argumentation avancée dans l'arrêt Wagner démontre que la Convention européenne n'est pas de nature à imposer la reconnaissance automatique et inconditionnelle d'une adoption ou d'une filiation établie dans un pays étranger à la suite d'une assistance à la procréation[960]. Une des raisons pour ceci est aussi le fait que les arrêts *Wagner* et *Negrepontis* posaient des questions moins sensibles moralement ou politiquement que celles posées par la réglementation d'une gestation pour autrui ou par des liens de filiation créés en faveur de couples de même sexe à la suite d'une procréation médicalement assistée. C'est pourquoi, même si le caractère sensible politiquement ne suffit pas à épargner à un État une condamnation, ce caractère exerce une influence sur l'étendue des obligations imposées aux États. Ainsi, dans l'arrêt *Campanelli* la condamnation d'Italie n'a pas non plus conduit à obliger le pays à remettre la responsabilité parentale aux parents d'intention, ce qui montre que sa législation pourrait restée inchangée.

Des limites à une transposition du résultat des arrêts *Wagner* et *Negrepontis* en matière de gestation pour autrui sont liées à une autre spécificité de ces affaires. Ainsi, dans l'affaire *Wagner* la Cour avait relevé que des personnes dans une situation comparable à celle des requérantes étaient pendant longtemps parvenus à obtenir la reconnaissance de leur lien adoptif au Luxembourg. Le refus de reconnaissance de

---

[958] SUDRE Frédéric, note sous CEDH, gr. Ch., 19 février 2013, n° 19010/07, *X. et a. c. Autriche*, *JCP G* 2013, dans Chronique, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, pp. 1481-1482 ; SURREL Hélène, « Exclusion des couples homosexuels de l'adoption coparentale : un arrêt peu convaincant », *JCP G.* 2013, p. 552 ; MARGUÉNAUD Jean-Pierre, note sous CEDH, gr. Ch. 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, *RTDciv* 2013, pp. 329-333 ; BOURSICOT Marie-Christine, « De l'homoparentalité à l' « homofiliation », Refléxions à propos de l'arrêt de la CEDH du 19 février 2013 et de ses possibles répercussions en droit interne », *RJPF* avril 2013, pp. 11-15 ; note par NEIRINCK Claire, *Dr. fam.* avril 2013, p.24.

[959] BOLLÉE Sylvain, note sous Cour de cassation, 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *J.D.I.* 2009, pp. 577-586, et préc. p. 584.

[960] KINSCH Patrick, « Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law », in *Convergence and Divergence in Private International Law-Liber Amicorum Kurt Siehr,* Eleven International Publishing, The Hague, 2010, pp. 259-275, spéc. p. 266.

l'adoption constituait donc un démenti des attentes des intéressées qui « *pouvaient légitimement s'attendre à ce que l'officier d'état civil procédât à la transcription du jugement péruvien* »[961]. Une pratique de longue date permettant une circulation facilitée des jugements d'adoption combinée avec une décision récente des juges luxembourgeois étaient deux des paramètres qui rendaient en l'espèce difficilement justifiable le refus de reconnaissance du jugement étranger[962]. L'invocation des attentes légitimes quant au lien de famille a également motivé l'arrêt *Negrepontis*[963].

Dans les affaires *Mennesson* et *Labassée*, en revanche, les couples ne pouvaient pas se prévaloir aisément d'un argument reposant sur la protection des atteintes légitimes, au moins quant à la reconnaissance du lien avec la mère d'intention. Malgré l'existence des cas de transcription par les autorités françaises des actes d'état civil dressés aux États-Unis à la suite d'une gestation pour autrui, il n'était pas possible d'invoquer une longue et stable pratique de reconnaissance explicite des liens juridiques des mères d'intention, comme dans l'arrêt *Wagner*. Si les attentes des parents d'intention ne pouvaient pas être invoquées dans les affaires *Labassée* et *Menneson*, il en va autrement de la qualité de la mesure réglementaire faisant obstacle à la reconnaissance de ce lien de filiation, qualité dont l'évaluation constitue un élément indispensable de l'appréciation d'une ingérence étatique. Toute atteinte aux droits protégés doit, pour pouvoir être justifiée, remplir deux conditions, à savoir être accessible et prévisible[964]. La jurisprudence imposant le refus de la reconnaissance, à l'époque où les *Mennesson* s'étaient déplacés aux États-Unis n'était pas suffisamment claire parce qu'elle n'énonçait pas de manière explicite l'interdiction d'établissement de la filiation avec la mère d'intention[965]. La fluctuation de la jurisprudence, l'hésitation observée dans les différentes décisions françaises et l'intervention du législateur français à la suite du premier courant jurisprudentiel démontrent qu'on pouvait soutenir que l'impossibilité de reconnaître un lien de filiation

---

961 § 130 de l'arrêt.

962 KINSCH Patrick, « Recognition in the Forum of a Status Acquired, *ibid.*, spéc. p. 266 ; KINSCH Patrick, commentaire sous CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c Luxembourg*, req. n° 76240/01, *Rev crit DIP* 2007, pp. 807-822, spéc. p. 821.

963 Compte rendu des séances du travail de la Vingt-et-unième réunion du GEDIP qui a eu lieu à Bruxelles, les 16 - 18 septembre 2011 et plus précisément l'actualité de la Cour européenne des droits de l'homme et l'annexe VI : Arrêts et décisions rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 2010/2011, rédigé par KINSCH Patrick ; v aussi son commentaire sous *Negrepontis*, Rev. *crit. DIP* 2011, pp. 817-823.

964 CEDH, 6 novembre 1980, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, no 6538/74 ; CEDH, 24 avril 1990, *Huvig c. France*, req. no 11105/84.

965 ROUKOUNAS Emmanouel, *Protection internationale des droits de l'homme*, Librairie d'Hestia, Athènes, 1995, p. 175 [en grec].

créé à l'étranger n'était pas prévisible[966]. Évidemment, l'intérêt supérieur de l'enfant ou le fait que le refus de reconnaissance des liens de filiation de la mère d'intention omettait « *de tenir en compte de la réalité sociale de la situation* »[967] étaient aussi des paramètres importants dans l'affirmation d'une violation de l'article 8.

En ce qui concerne les liens de filiation tissés en faveur d'un couple des femmes ou d'un lien de filiation créé *post mortem* à l'aide d'une procréation médicalement assistée la réponse pourrait être différente. À suivre la logique de l'arrêt *X c. Autriche*, la Cour pourrait dans des affaires précises condamner le refus de reconnaissance d'un lien de filiation adoptive simple, plénière ou tout autre lien de filiation consacré en faveur d'un couple de femmes dans un autre pays comme la Suède ou le Royaume-Uni[968].

Ainsi pour des pays comme la France ayant déjà manifesté une faveur pour des situations homoparentales en procédant à la reconnaissance d'une adoption simple par un couple de même sexe prononcée à l'étranger, il serait plus difficile de justifier le refus de reconnaissance un lien tissé automatiquement en faveur d'un couple de personnes de même sexe à la suite d'une procréation médicalement assistée[969]. Le refus de la reconnaissance d'une adoption plénière prononcée à l'étranger en faveur d'un couple de même sexe ne peut plus être invoqué en France pour justifier une approche restrictive envers ces liens de filiation après l'ouverture du mariage aux couples de même sexe et l'acceptation systématique des adoptions par des couples de femmes ayant eu recours à une procréation médicalement assistée à l'étranger[970]. Par contre, un État adoptant une approche plus réservée envers l'homoparentalité et ne faisant aucune place à des liens de

---

966 V. en ce sens note DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, sous Paris, 25 octobre 2007, *Gaz. Pal.*, nos 27-29, 27 -29 janvier 2008, pp. 20-28. D'ailleurs, il faut noter que l'avocat général dans son rapport devant la Cour de cassation relatif aux affaires ayant conduit aux arrêts du 6 avril 2011 soutient la contrariété du refus de transcription à la Convention européenne des droits de l'homme.

967 V. respectivement pour ces deux arguments les paras 133 et 132 de la décision *Wagner*, *op.cit.*, *supra* note..

968 La position du juge *Costa* dans son avis concordant dans l'arrêt *Gas et Dubois c. France* (CEDH, 15 juin 2012, req. no 25951/07) en ce qu'il énonce que : « …*la jurisprudence admet qu'il y a des domaines dans lesquels le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre les adultes et les enfants, la notion de mariage. Je prends un exemple. La question du mariage homosexuel est un sujet de débat démocratique, dans plusieurs pays d'Europe. C'est largement pour cette raison que la Cour, dans un arrêt récent, a préféré exercer un contrôle restreint sur les choix nationaux (Schalk et Kopf c. Autriche, no 30141/04, CEDH 2010). Il me semble que la cohérence de la politique jurisprudentielle commande une démarche aussi réservée dans la présente affaire, même si l'économie de l'*article *365 du Code civil ne me paraît guère convaincante...*».

969 Civ., 1re 8 juillet 2010, no 08-21.740 : JurisData n° 2010-011438, *Rev. crit. DIP* 2010, pp. 747-760, note HAMMJE Petra ; *J.D.I.* 2011, pp. 119-124, note BOLLÉE Sylvain ; *JCP G* 2010, pp. 1880-1882, note GOUTTENOIRE Adeline.

970 Civ., 1re , 7 juin 2012, nos 11-30.261 et 11-30262 ; *D.* 2013, pp. 1436-1444, obs. GRANET-LAMBRECHTS Frédérique ; *D.* 2012, p. 1546 obs. GALLMEISTER Inés, *id.*, pp. 1992-1996, note par VIGNEAU Daniel, *AJ fam.* 2012, p. 397, obs. HAFTEL Benoît et p. 400, obs. DIONISI-PEYRUSSE Amélie, *JCP* 2012, p. 856, avis PETIT Cécil, et p. 857, note CHÉNÉDÉ François ; GANNAGÉ Léna, « Deux arrêts mort-nés. À propos des décisions rendues par la première chambre civile le 7 juin 2012 », *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 587-594.

filiation en faveur de couples de même sexe, aurait plus des chances de ne pas être condamné. Ceci dit, le refus de reconnaître de tels liens de filiation valablement établis dans un pays tiers serait difficilement interprété en l'état actuel de la jurisprudence comme une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette situation pourrait rapidement évoluer, la Convention étant un texte vivant dont l'interprétation se fait à la lumière des circonstances actuelles[971]. L'enjeu symbolique de la conception d'un double lien de filiation monosexué pourrait actuellement éviter une condamnation aux États adoptant une position restrictive. Cependant, le fait que des couples de même sexe conçoivent conjointement des projets parentaux par assistance médicale à la procréation, les mènent ensemble avec succès et construisent ensemble une vie familiale obligerait les États de réception à construire ou à appliquer par analogie des droits et des obligations existants pour d'autres catégories de personnes en faveur du deuxième parent de même sexe. La force de l'égalité entre enfants imposerait une telle solution.

Affirmer une violation de la Convention européenne serait beaucoup plus difficile dans le cas de liens de filiation créés à l'aider d'une procréation médicalement assistée effectuée *post mortem*. L'objet de la reconnaissance de la filiation ne porterait en principe que sur le lien de filiation paternel, sauf recours par un homme à une gestation pour autrui avec le matériel génétique de sa femme prédécédée. Une difficulté dans l'invocation de l'article 8 de la Convention européenne tiendrait déjà à la démonstration d'une vie familiale effective. Ensuite, dans le cas où la question se poserait en présence d'un conflit entre enfants nés du même géniteur avant son décès et ceux conçus et nés après son décès la difficulté d'invocation de la Convention européenne serait liée au fait que les deux catégories d'enfants pourraient chacune pour son compte invoquer les droits consacrés par ce texte. Ces dernières observations liées aux liens de filiation créés à la suite d'une assistance médicale effectuée *post mortem* soulignent la multitude des situations familiales pouvant apparaître. En envisageant seulement cette multitude des situations et de leur complexité, on arrive à percevoir mieux les limites dans son intervention.

En outre même dans les cas d'affirmation de la violation de la Convention européenne en matière de gestation pour autrui ou dans le cas d'une condamnation éventuelle pour un refus de reconnaissance d'un autre lien créé à la suite d'une procréation médicalement assistée, on ne peut pas conclure à l'existence d'une obligation

[971] CEDH, *Marckx c Belgique*, *op. cit.* ; CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n°14038/88 ; ROUKOUNAS Emmanouel, *Protection internationale des droits de l'homme*, Librairie d'Hestia, 1995, p. 133.

de reconnaissance des liens de filiation tels qu'ils sont créés à l'étranger à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Il n'est pas possible non plus de déduire des arrêts en matière de gestation pour autrui une obligation d'autorisation de ce procédé[972].

D'ailleurs, l'intervention de la Cour européenne devient particulièrement difficile chaque fois que les intérêts des justiciables s'opposent et la réglementation nationale tranche ce conflit d'intérêts en faveur de l'un d'entre eux. Dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation, en l'absence de consensus sur la réglementation des questions éthiquement controversées, la Cour n'acceptera pas facilement le rôle d'arbitre en présence d'un conflit d'intérêts privés. Cet enseignement ressort clairement de l'arrêt *Evans* mais des situations similaires peuvent surgir aussi dans d'autres affaires relatives à des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation.

Une telle hypothèse serait aussi celle d'un couple français qui aurait recours à une gestation pour autrui aux États-Unis à l'aide d'une femme française et cette dernière changeait d'avis après la naissance de l'enfant. Il se peut dans un tel cas que la mère porteuse décide en rentrant en France d'invoquer le droit à la vie familiale en sa faveur dans l'objectif de garder la responsabilité parentale de l'enfant[973]. Dans une telle situation la position du droit français en matière de filiation et sa concordance avec une vie familiale effective ne pourrait pas permettre l'invocation de la Convention européenne par les parents d'intention. Cette assertion est aussi confirmée par l'arrêt *Campanelli* dans lequel malgré la condamnation de l'Italie par la Cour européenne, le placement de l'enfant en vue de son adoption n'est pas remis en cause par la Cour européenne.

La même situation aurait pu être envisagée en présence d'un lien de filiation créé en faveur d'un couple de femmes. Elle pourrait se présenter si l'une des compagnes se déplace vers un pays ne reconnaissant pas une coparenté en faveur de deux personnes de même sexe tout en reconstruisant une vie familiale avec le donneur connu. En plus, il faut noter la formule utilisée par la Cour dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée* parle d'un « *obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard du père biologique* »[974]. On peut donc inférer que le respect de l'article 8 de la Convention

---

[972] V. en ce sens FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 1-42, spéc. p. 6.

[973] V. en ce sens BROEKHUIJSEN-MOLENAAR Anneleen, « L'article 8 de la Convention européenne et le don d'ovule à une mère de substitution aux Pays-Bas », in *L'enfant et les conventions internationales*, actes du colloque organisé par l'Association internationale de droit de la famille, ténu à Lyon les 6 et 7 octobre 1995, (sous la dir. de Jacqueline Rubellin-Devichi et Rainer Granek), Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 375-389.

[974] *Labassée*, § 79 ; *Mennesson*, § 100.

n'impose pas que le lien de filiation établi à l'étranger soit reconnu tel quel dans l'ordre juridique de réception. Si l'ordre juridique d'accueil permet que la vie familiale soit reconstruite à l'aide des moules du droit interne, il n'existe pas de raison à penser que cette solution serait condamnée par la Cour européenne. Il n'existe aucune condamnation des pays ayant permis la création des liens d'intention avec les parents d'intention par le biais d'une adoption.

En guise de conclusion, nous pouvons observer que l'influence de la Cour européenne sur la circulation des liens de filiation établis à la suite d'une procréation médicalement assistée et d'une gestation pour autrui est indéniable. Dans tous les arrêts ayant donné lieu à une condamnation, celle-ci trouvait aussi appui sur une brèche ouverte déjà par l'ordre juridique d'accueil ayant reconnu la réalité effective de la situation familiale. Ainsi, la Cour européenne met systématiquement en lumière les incohérences de la politique nationale invoquée à l'appui d'un refus de reconnaissance, chaque fois qu'elle arrive à la condamnation d'un État sur le fondement de l'article 8. En dépit de cette constatation, les États conservent toujours une marge de réaction à l'égard des situations créées en matière familiale. Ils conservent, d'un côté une marge de pouvoir limitée pour empêcher que des situations familiales créées à la suite d'une gestation pour autrui à l'étranger passent les frontières. Ils ont, de l'autre côté la discrétion de choisir les moyens de protection des situations familiales créées à l'étranger qui leurs semblent le plus appropriés sans nécessairement procéder à une reconnaissance automatique du lien de filiation tel qu'il est établi dans l'ordre juridique étranger.

Le système de la Convention européenne oblige les États à faire une place dans leur droit à toute situation relevant du droit à la vie familiale notamment lorsque celle-ci est explicitement reconnue par un ordre juridique étranger. Une marge leur est laissée néanmoins de ménager cette place à leur guise. L'obligation de protection de ces situations familiales ne concerne pas seulement le père biologique mais aussi la mère d'intention. La mention du seul père biologique dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée* ne peut pas être interprétée comme une autorisation aux États à laisser en suspens indéfiniment le statut de la mère d'intention. Une telle interprétation de la Convention n'est pas possible parce qu'elle mettrait en contradiction le système des européen de protection des droits de l'Homme. Notons encore une fois que ceci ne signifie pas que la Cour européenne oblige à la reconnaissance de ce lien tel qu'il était construit à l'étranger mais elle oblige les États à clarifier le statut de cette femme. Ne pas le faire aboutira à leur

condamnation entre autres raisons pour un traitement discriminatoire entre le père d'intention et la mère d'intention.

Il semble d'après l'interprétation de la jurisprudence de la Cour européenne que seulement une approche nationale très stricte aurait quelques chances d'être épargnée d'une condamnation. Celle-ci devrait prévoir des sanctions très strictes à l'égard de ceux qui ont recours à une gestation pour autrui à l'étranger, un système de contrôle systématique aux frontières empêchant le retour des parents d'intention avec les enfants. Des telles solutions pourraient empêcher la condamnation d'un État en raison de l'impossibilité de construction d'une vie familiale. Toutefois, la tradition libérale des pays membres du Conseil de l'Europe rend de telles solutions invraisemblables.

§ 2. L'influence modérée du droit de l'Union européenne

Nous tenterons maintenant d'apprécier l'influence du droit de l'Union européenne sur la circulation des situations liées à l'assistance médicale à la procréation. Ci-après, il sera question uniquement des règles du droit primaire de l'Union européenne[975]. Le droit dérivé ne servira qu'en tant que critère d'interprétation du droit primaire de l'Union européenne. L'aperçu qui suivra permettra de constater que le droit de l'Union européenne a pu progressivement faciliter la circulation du statut personnel dans des affaires à caractère intracommunautaire (A), mais aussi qu'il existe des limites dans cette influence notamment dans des domaines sensibles comme celui de l'assistance médicale à la procréation (B).

A. AFFIRMATION DE L'INFLUENCE

La liberté de circulation et du séjour constituent des fondements du droit de l'Union européenne et ont servi comme vecteurs de la circulation des rapports familiaux. Les libertés de l'Union européenne –à l'origine réservées au travailleur européen et plus généralement à la personne économiquement active et sa famille (art. 36 TCE, devenu 45 TFUE qui concerne les travailleurs salariés, art. 43 TCE, devenu 49 TFUE qui concerne le droit d'établissement et art. 49 TCE, devenu 56 qui concerne la prestation de

[975]Nous reviendrons dans le deuxième titre de cette partie à l'influence du droit dérivé à la circulation des rapports familiaux.

services)– ont eu un impact croissant grâce à l'adoption du concept de la citoyenneté européenne (art. 18 TCE, devenu 21 TFUE)[976] et à la jurisprudence de la Cour de justice[977]. Les libertés de circulation économiques ont progressivement obtenu une portée qui dépasse celle qui leur était à l'origine assignée grâce à l'élargissement du cercle de destinataires. L'interdiction de discrimination des citoyens dans le domaine de la compétence du droit de l'Union européenne (art. 12 TCE, devenu art. 18 TFUE)[978]et le droit dérivé ont contribué à cet élargissement[979].

L'application des dispositions précitées par la Cour de justice a progressivement conduit à alléger la nécessité d'invoquer l'exercice d'une activité économique si bien que tout citoyen de l'Union européenne peut bénéficier des libertés garanties par le traité. L'impact des libertés de l'Union européenne sur les rapports de statut personnel pourrait s'accroître en raison de la place grandissante des droits de l'Homme dans la construction de l'Union européenne. Ainsi, déjà la jurisprudence de l'Union européenne précisait que toute mesure nationale limitant la liberté de circulation doit respecter les droits fondamentaux[980]. En outre, sont de nature à renforcer le rôle et la légitimité de l'invocation des droits de l'Homme le Traité de Lisbonne comme il est indiqué par les articles 2, 3, 6 et 7 TUE et en particulier l'article art. 6 § 1 TUE qui reconnaît explicitement que la Charte européenne des droits fondamentaux a la même valeur juridique que les Traités. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne

[976] Il faut toutefois noter une régression en ce qui concerne l'impact de la citoyenneté européenne v. en détail MAVRIDIS Prodromos, « Libre circulation des citoyens et protection sociale : progrès ou risque ? », in BORGETTO Michel, GINON Anne-Sophie, GUIOMARD Frédéric (sous la dir. de), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 127-166.

[977] V. entre autres CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/2009 ; *D.* 2011, p. 1325, note CORNELOUP Sabine ; *RTDE*, 2011, pp. 564-570, note par PATAUT Étienne ; CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-434/2009 ; *RTDE*, 2011, pp. 564-570 note par PATAUT Étienne, ; *D.* 2011, p.1325 ; DUBOUIS Louis, BLUMANN Claude, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6ème éd., Montchrestien/Lextenso, Paris, 2012, p.53 et s., n° 91 et s. ; BERGÉ Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, 2ème éd., 2011, p. 141 et s., n° 194 et s.

[978] V. notamment les décisions suivantes : CJCE, 12 May 1998, *Martínez Sala* c. *Freistaat Bayern*, aff. C-85/96 ; CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk* c. *Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99 ; CJCE, 7 September 2004, *Trojani* c. *Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, aff. C-456/02; CJCE, 15 March 2005, *Dany Bidar* c. *London borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills*, aff. C-209/03.

[979] V. notamment la directive n° 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

[980] CJCE gr. ch. 23 nov 2010, *Land Baden-Würtemberg c. Tsakouridis*, C-145/09 pt. 52 ; CRAIG Paul, de BURCA Grainne, *EU law : text, cases, and materials,* 5ème éd., Oxford University Press, Oxford, UK, New York, 2011, pp. 384-386.

des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (art. 6 § 2 TUE) pourrait aussi contribuer en ce sens[981].

Des réglementations nationales en matière de statut personnel restrictives des libertés des citoyens qui ne sont pas considérés comme des personnes économiquement actives ont été évincées. Ceci a eu comme résultat de faciliter la reconnaissance d'aspects du statut personnel des citoyens européens à travers les frontières des États membres. Partant, les États membres doivent prendre en considération l'impact de leurs actes sur le droit à la vie familiale protégé par l'article 8 de la CEDH[982]. La compatibilité avec le droit de l'Union européenne de toute disposition ou mesure nationale faisant obstacle à l'exercice de la liberté de circulation, à la liberté d'établissement doit être examinée même si celle-ci relève du domaine des compétences exclusives de l'État[983].

1. L'impact direct en matière de nom

Il convient d'examiner la jurisprudence relative à ces règles en matière du statut personnel et plus précisément en matière de nom. Parmi les décisions de la Cour de justice ayant retenu l'attention de la doctrine, entre autres grâce à la portée qui leur était attribuée sur le plan des méthodes de droit international privé sont les décisions *Garcia-Avello* et *Grunkin-Paul*. Les deux décisions constituent le point d'aboutissement d'un mouvement d'ensemble progressif[984], indicatif de l'influence exercée par le droit de l'Union européenne en matière de statut personnel et de sa réception dans des rapports entre personnes privées.

L'affaire *Garcia-Avello* concernait l'attribution du nom patronymique aux enfants d'un couple de nationalité mixte : le père, M. Garcia Avello, était de nationalité

---

981 V. toutefois l'avis C-2/13 de l'Assemblée plénière de la Cour de justice de l'Union européenne disposant que : « *L'accord portant adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE ni avec le protocole (no 8) relatif à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Sur cet avis v. POPOV Athanase, « L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH » *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 24 février 2015, consultable sur : <http://revdh.revues.org/1065> dernière visite le 12.10.2016.

982 CRAIG Paul, de BURCA Grainne, *EU law : text, cases, and materials,* 5ème éd., Oxford University Press, Oxford, UK, New York, 2011, p. 386.

983 V. dans *Garcia Avello* pt. 25 : « *Si, en l'état actuel du droit communautaire, les règles régissant le nom d'une personne relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États-membres* ».

984 CJCE, 30 mars 1993, *Christos Konstantinidis c. 1) Stadt Altensteig – Standesamt et 2) Landratsamt Calw – Ordnungsamt*, aff. C-168/91; CJCE, 2 décembre 1997, *Eftalia Dafeki et Landesvericherungsanstalt* Württemberg, aff. C-336/94 ; CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. National Health Service Pensions Agency*, aff. C-117/01.

espagnole, alors que la mère, Mme Weber, était de nationalité belge[985]. Le couple, qui avait sa résidence en Belgique, s'était marié en 1986 et avait eu deux enfants Esmeralda en 1988 et Diego en 1992. Sur l'acte d'état civil belge, le nom de famille des deux enfants retenu était celui de leur père, à savoir *Garcia Avello* ce qui a conduit les parents à déposer une requête au ministre de la justice pour solliciter le changement du nom de famille des enfants en « *Garcia Weber* », conformément à la pratique du droit espagnol[986]. D'ailleurs, Il les enfants étaient en même temps inscrits au consulat d'Espagne sous le nom « *Garcia Weber* ». Le couple qui n'était pas satisfait avec la solution proposée par les autorités belges –consistant à l'utilisation uniquement du premier nom du père–, porta sa demande devant le Conseil d'État. Le Conseil d'État a posé une question préjudicielle à la Cour de justice concernant la conformité de la pratique belge aux règles du droit de l'Union européenne.

Les juges se demandaient si « *les principes du droit communautaire en matière de citoyenneté et de liberté de circulation des personnes,* …[devaient] *être interprétés comme empêchant* » la pratique belge et, plus précisément, le refus d'une demande de changement de nom formulée pour le compte de deux enfants, résidant en Belgique et possédant la double nationalité belge et espagnole. La question précisait que le changement demandé visait à l'obtention d'un nom selon la tradition espagnole tandis que le refus du changement reposait, d'une part sur la pratique établie en Belgique faisant prévaloir le nom du père et, d'autre part, sur le fait qu'une autre solution poserait difficulté en raison de sa susceptibilité, dans le contexte social belge, de créer des doutes quant à la filiation de l'enfant concerné. De plus, il était précisé que les autorités belges avaient proposé une alternative pour résoudre la difficulté : l'utilisation exclusive du nom du père, tout en rappelant que, suivant le système belge, la possibilité de changement de nom était réservée pour les cas où, alternativement, il n'existe que peu de facteurs de rattachement avec la Belgique, ou, lorsque l'on était en présence d'une fratrie, de sorte qu'un intérêt au traitement uniforme du nom patronymique peut être identifié[987].

---

[985] CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello* c. *État belge*, aff. C-148/02, *Recueil de jurisprudence* 2003 I-11613 ; *Rev. crit. DIP* 2004 pp. 184-202, note LAGARDE Paul ; *JDI* 2004, pp. 582-584, obs. LUBY Monique et pp. 1219-1237, note POILLOT-PERUZZETO Sylvaine ; *RTDE* 2004, p. 559-579, note ILIOPOULOU Anastasia ; *RTD civ.* 2004, p. 62, obs. HAUSER Jean.

[986] Selon la pratique espagnole le nom des enfants d'un couple marié se compose du premier nom de leur père suivi de celui de leur mère.

[987] V. § 19 de l'arrêt.

La Cour a considéré le rejet de la demande de changement de nom comme une violation des dispositions des articles 12[988] (devenu art. 18 TFUE) et 17[989] (devenu art. 20 TFUE) TCE. La discrimination résultait, selon la Cour, de ce que la situation des enfants belges espagnols ne devrait pas être appréhendée de la même manière dont celle des enfants belges. Les objectifs poursuivis par la pratique belge en matière de nom –qui ne sont pas liées à la nationalité des personnes en cause– avaient été considérés comme légitimes mais la mesure prise était considérée comme disproportionnée.

Le refus de changement de nom était injustifié en l'espèce dans la mesure où une telle possibilité était déjà admise pour une catégorie de personnes au sein du même ordre juridique. Les arguments avancées par la Belgique et par d'autres États dans le sens contraire, comme le caractère fondamental du principe de permanence du nom de famille, n'ont pas convaincu. Le risque réduit d'une atteinte aux droits des enfants en cause du moment où ceux-ci pouvaient se prévaloir de leur nom attribué conformément au droit espagnol dans tous les États membres, à l'exception de la Belgique et le fait que la pratique administrative en cause avait comme objectif de faire face aux risques de confusion sur l'identité et la filiation des personnes concernées n'ont pas convaincu non plus[990]. La Cour de justice a rétorqué que le principe de la permanence du nom de famille, même s'il facilite la reconnaissance de l'identité, ne paraît pas incompatible avec l'attribution d'un nom composé d'autres éléments que ceux prévus par l'État membre de la résidence habituelle des requérants[991]. En outre, il était observé quant à l'argument lié aux risques de confusion des liens de filiation des enfants, qu'il pouvait parfaitement être renversé puisque le même risque existait pour les enfants au sein de leur communauté espagnole dans le cas de l'application de la règle belge. Il s'ensuivait qu'au sein d'une communauté d'États dans laquelle la diversité des modes d'attribution des noms patronymiques constitue une réalité, l'acceptation de la solution espagnole pouvait au contraire faciliter l'identification du lien de filiation entre les enfants et leurs parents[992]. Il faut ajouter qu'au moment de l'appréciation de l'affaire une exception proche à la solution demandée par le couple espagnole avait été adoptée par les autorités belges[993].

---

[988] Art. 12 « *Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ».

[989] Art. 17 : « *1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité* ».

[990] § 40 de l'arrêt.

[991] § 42 de l'arrêt.

[992] § 42 de l'arrêt.

[993] L'exception qui visait à garantir l'unité du nom patronymique au sein de la même famille, était relatif à l'attribution d'un nom à deux enfants de la même famille lorsque le premier a une seule nationalité, p.ex.

Cependant, on a observé à juste titre qu'un traitement discriminatoire sur la base de la nationalité espagnole ne pouvait pas être établi, puisque l'enfant avait reçu ce nom en raison de sa nationalité belge[994].

Cette décision fait partie de la jurisprudence[995] démontrant que chaque fois que l'exercice d'un droit puisé dans les traités de l'Union européenne dépend d'une question de statut personnel ou familial qui relève de la compétence exclusive des États membres, le droit de l'Union européenne est de nature à paralyser ou, au moins, à mettre en question la solution de l'État de réception. À titre général, ce résultat peut se produire aussi chaque fois qu'un statut ou un lien de filiation a été établi, ou peut être considéré comme établi selon le droit d'un État membre –qui sera parfois l'État d'origine– alors qu'un autre État –qui sera l'État de réception ou celui devant lequel le problème se pose– adopte une position différente en droit. L'intervention du droit de l'Union européenne sera probablement notamment dans des cas d'incohérences dans la poursuite de la politique invoquée à l'appui d'une décision nationale refusant la reconnaissance du statut personnel établi dans un autre État membre. L'influence du droit de l'Union européenne s'est également manifestée dans l'arrêt *Grunkin Paul*.

Mme Paul et M. Grunkin, couple marié, ont donné naissance à un enfant le 27 juin 1988 au Danemark [996]. Les époux comme l'enfant étaient de nationalité allemande et résidaient au Danemark. L'enfant, Leonard Matthias, était désigné dans l'acte de naissance établi au Danemark sous le nom patronymique *Grunkin-Paul*. Les autorités

---

espagnole et le second a une double nationalité, p.ex. belge et espagnole. Dans ce cas de figure, l'application de la solution belge conduirait à ce que le premier enfant, de nationalité espagnole, se voit attribuer un nom patronymique selon les règles du droit espagnol, alors que son frère cadet se verrait attribué son nom patronymique selon les règles du droit belge. La dérogation au droit belge était donc nécessaire pour éviter que les deux enfants aient un nom de famille différent. (§§ 12 et 44 de l'arrêt).

994 SAARLOOS Kees Jan*, European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage,* Maastricht University, July 2010, p. 268. Un autre raisonnement aurait pu toutefois mieux expliquer en quoi l'application de la loi belge constituerait un traitement discriminatoire. Cela aurait été possible si on comparait entre les enfants de double nationalité belge et espagnole et les enfants de nationalité espagnole résidant habituellement en Belgique. Il n'existe pas de raison évidente pour que ces deux catégories d'enfants fassent l'objet d'un traitement différent; *a fortiori*, il n'existe pas de raison à favoriser l'application d'un traitement qui peut se révéler défavorable à la première catégorie d'enfants. Ainsi, les enfants ayant une double nationalité ou pluri-nationalité – au demeurant souhaitable au sein d'une communauté d'États dans la mesure où elle favorise l'intégration sans toutefois couper définitivement les liens avec le pays d'origine – seraient privés de la possibilité de définir leur nom selon ce que dicte leur identité culturelle ce qui selon les requérants peut avoir une incidence sur leur droit de circuler et de séjourner librement au sein de l'Union européenne.

995 En ce sens v. aussi CJCE, 30 mars 1993, Konstantinidis, Aff. 168/91 ; CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. National Health Service Pensions Agency*, aff. C-117/01; CJCE, 2 décembre 1997, *Eftalia Dafeki et Landesversicherungsanstalt* Württemberg, aff. C-336/94.

996 CJCE (grande Ch.), 14 octobre 2008, aff . C-353/06, *Grunkin et Paul* ; *Rev. crit. DIP* 2009, pp. 203-216, spéc. p. 215, note D'AVOUT Louis ; *D.* 2009, pp. 845-848, note BOULANGER François ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 80-93, note LAGARDE Paul ; V. aussi *RTDE*, 2011, pp. 572, note PATAUT Étienne dans le chronique Citoyenneté européenne.

allemandes d'état civil ont refusé d'inscrire l'enfant sous ce nom. La raison était que la loi allemande applicable en tant que la loi de la nationalité de l'enfant (article 10 de la loi introductive au Code civil allemand) interdit qu'un enfant porte un double nom composé de ceux de son père et de sa mère. Les parents de Leonard Matthias ont formé un recours contre ce refus qui a été rejeté[997]. Les parents ont alors poursuivi leurs démarches le 30 avril 2006 en demandant auprès de l'autorité compétente d'inscrire l'enfant sous le double nom *Grunkin Paul*. Les autorités allemandes ont refusé de faire droit à leur demande en affirmant que cela n'est pas possible en application du droit allemand. Les doutes exprimés quant à la compatibilité de cette solution avec le droit de l'Union européenne ont amené les juridictions allemandes à poser la question préjudicielle suivante : « *À la lumière du principe de non-discrimination énoncé à l'article 12 CE et eu égard à la libre circulation garantie à tout citoyen de l'Union par l'article 18 CE, la règle de conflit allemande prévue à l'article 10 de l'EGBGB peut-elle échapper à la censure dans la mesure où elle rattache les règles régissant le nom d'une personne à la seule nationalité ?* ».

Le fait que l'affaire relève du champ d'application du droit de l'Union européenne n'a pas suscité des doutes vu que la résidence habituelle de la famille était au Danemark et que ses membres ont la nationalité allemande[998] d'autant plus que, contrairement à l'affaire *Garcia Avello*, les intéressées avaient déjà exercé leur liberté de circulation. Cette affaire était, d'ailleurs, différente de l'affaire *Garcia Avello* au regard de l'argumentation choisie par la Cour. La Cour a conclu à l'existence d'une violation de l'article 18 du traité (devenu art. 21 TFUE) au motif que la solution allemande qui interdisait à l'enfant de ne porter que le nom de l'un de ses parents, pouvait être la source de nombreuses difficultés dans la vie quotidienne et professionnelle de l'enfant[999]. A l'instar du raisonnement adopté dans l'arrêt *Garcia Avello*[1000], la Cour s'était limitée à une appréhension théorique de l'existence de l'obstacle à la libre circulation puisqu'elle n'avait pas exigé la démonstration de son existence en pratique[1001]. L'existence d'un risque de violation de la

[997] Par ailleurs, il faut noter qu'en l'espèce les parents ne portaient pas de nom patronymique commun et qu'ils divorcèrent alors que les procédures relatives au nom de leur enfant était en cours : Point 8 de la décision.
[998] §§ 15-17 de l'arrêt.
[999] Les inconvénients résultant de la solution allemande ont été démontrés sur les points 23-28 de la décision. Pour la possibilité que l'application combinée d'une règle de conflit et d'une disposition substantielle nationale constitue une entrave à la liberté de circulation v. SCHERER Maxi, *Le nom en droit international privé, étude de droit comparé français et allemand*, (préf. P. Lagarde), L.G.D.J., Paris, 2004, p. 264, n° 381.
[1000] Dans le point 23 de la décision les juges citent l'arrêt *Garcia-Avello* pour dire que la diversité du nom d'une personne peut bien générer des problèmes aux intéressés d'ordre professionnel et privé.
[1001] Points 23, 25 de la décision ; Rappr. BOULANGER François dans sa note de l'arrêt ; *D.* 2009, pp. 845-848, spéc. p. 848.

liberté de circulation était suffisante pour que la personne intéressée se trouve dans une situation où la question de la détermination de son identité puisse soulever des difficultés –notamment lorsqu'il tente de bénéficier d'un droit devant une autorité nationale– pour affirmer l'existence de l'obstacle.

L'argumentation allemande n'a pas été considérée comme une justification satisfaisante du refus de reconnaissance d'un nom patronymique déterminé conformément à la législation d'un autre État membre et de manière différente de la solution allemande. L'Allemagne avait fait valoir que la nationalité, en tant que critère de rattachement de la question au droit allemand, constitue un critère objectif assurant la certitude des modes d'attribution de nom et elle a expliqué que sa solution garantit la continuité du nom et son unité au sein d'une fratrie[1002]. À ces arguments, on a répondu, comme dans l'arrêt *Garcia Avello*, par l'existence d'une exception à la règle de désignation du droit applicable en fonction de la nationalité[1003] et par le fait que la solution allemande rompait, en réalité, la continuité dans le traitement du nom puisque l'enfant aurait alors un nom différent suivant l'ordre juridique en cause[1004]. La Cour de justice avait d'ailleurs relevé l'existence d'une dérogation au droit national, permettant une solution similaire à celle recherchée par les parents[1005]. L'existence des dérogations et l'impossibilité de démontrer la nécessité de la solution de principe avaient pour une fois de plus été déterminants pour affirmer la violation de l'article 18 TCE (devenu art. 21 TFUE). Il est important, par ailleurs, de noter que la Cour avait souligné le fait qu'aucune des justifications avancées au soutien du refus de reconnaissance du nom attribué au Danemark ne faisait allusion à ce que la reconnaissance du nom *Grunkin-Paul* serait contraire à l'ordre public[1006]. Cela indique que les obstacles aux libertés du droit de l'Union européenne résultant du droit national, qui se justifient par des considérations d'ordre public, ont plus de chances à être acceptées. Cette remarque est également intéressante pour l'évaluation de l'influence du droit de l'Union européenne sur les conditions nécessaires à la reconnaissance d'une décision ou d'un rapport familial.

1002 § 30 de l'arrêt.

1003 Le droit international privé allemand acceptait également l'application de la loi de la résidence habituelle chaque fois que celle-ci est en Allemagne.

1004 § 32 de l'arrêt ; En fait la continuité dans le traitement du nom pourrait être atteinte à condition qu'une majorité d'États admet de manière exclusive comme élément de rattachement le droit de la nationalité de la personne concernée.

1005 Il a été démontré que le droit allemand prévoyait la possibilité d'attribuer d'un nom de famille composé, y compris pour les enfants de nationalité allemande, dans les cas où l'un de deux parents possède la nationalité d'un autre État prévoyant un tel mode de formation du nom : V. point 37 de la décision.

1006 Il est intéressant de noter en l'espèce comment l'ordre public paraît être considéré comme un élément significatif dans la justification d'une solution nationale pouvant être caractérisée comme une entrave à l'exercice des droits attribués par le traité de l'Union européenne.

Les décisions présentées montrent la compétence de la Cour pour intervenir même dans des domaines du droit matériel relevant de la compétence exclusive du droit des États membres, à l'instar des règles d'attribution du nom de famille, lorsque la situation en cause entre dans le champ d'application du droit de l'Union européenne[1007]. Des réserves ont été soulevées par rapport à l'arrêt *Garcia Avello* quant à l'affirmation de la dimension européenne alors même que la famille en cause n'avait pas exercé sa liberté de circulation**.** En outre, dans *Grunkin-Paul* on observe que les conditions justifiant le jeu de l'article 18 (devenu art. 21 TFUE) sont assez largement définies. La Cour rappelle « *qu'une réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 18, paragraphe 1, CE à tout citoyen de l'Union* »[1008]. Le langage utilisé, ainsi que le fait qu'il n'est pas nécessaire que le citoyen européen soit déjà en confronté l'obstacle, démontrent une preuve facilitée des restrictions aux libertés de circulation. Ceci est indicatif de l'influence du droit de l'Union européenne[1009]. Indépendamment de la critique adressée à cette jurisprudence ses répercussions sur la pratique de juridictions nationales est indéniable[1010].

2. L'impact indirect en matière d'assistance médicale à la procréation

L'impact du droit de l'Union européenne en matière de filiations créées par assistance médicale à la procréation n'est pas aussi impressionnant. Toutefois l'appréciation de la compatibilité du refus de reconnaissance d'un lien créé dans un pays membre ne peut qu'être menée au cas par cas. Le droit de l'Union ne peut pas imposer à titre général la reconnaissance de liens de filiation au-delà du pays dans lequel ceux-ci avaient été établis. L'application du droit de l'Union européenne n'est –malgré l'élargissement du cercle des bénéficiaires des libertés du droit de l'Union grâce à la citoyenneté européenne–

[1007] V. le point 16 de cet arrêt ainsi que l'arrêt du 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, points 25, 26 et la jurisprudence citée.
[1008] V. le point 21 de l'arrêt précité.
[1009] BARATTA Roberto, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI* 2010, vol. 348, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2011, pp. 257-499, spéc. p. 418, n° 146.
[1010] Monsieur BARATTA nous informe que depuis l'arrêt *Garcia-Avello* les tribunaux italiens reconnaissent de plus en plus fréquemment l'attribution par l'autorité d'un État membre du double nom à un enfant d'un couple mixte. Il renvoie en ce sens aux décrets du tribunal de Bologne, 9 juin 2004, du tribunal de Rome du 15 octobre 2004 et du tribunal de Naples du 19 mars 2008, reproduits dans: BARATTA Roberto, « La reconnaissance internationale… », *op.cit.*,p. 439, n° 166, note 374.

envisageable que dans des conditions précises et uniquement pour certaines catégories de personnes.

La compatibilité du refus de reconnaissance d'un lien de filiation créé par gestation pour autrui à l'étranger avec les libertés de circulation s'est posée pour la première fois devant les juridictions italiennes[1011]. En l'espèce un couple de nationalité anglo-italienne avait eu deux fois recours à une gestation pour autrui au Royaume-Uni. Deux enfants étaient nés en 1997 et en 2000 et un lien de filiation a été établi à l'égard des parents d'intention. La famille avait habité durant une longue période en Italie sans que la question de la reconnaissance des liens de filiation ne soit portée à l'attention des autorités italiennes. Le problème ne s'était en effet posé qu'une dizaine d'années après le divorce des parents d'intention, lorsque la mère a demandé sur la base des articles 64 et suivants de la loi relative au droit international privé la reconnaissance des *parental order*s accordés par les autorités britanniques. Au fond, le problème ayant préoccupé les juges était celui de savoir si la reconnaissance contrevenait à l'ordre public et à la prohibition de la gestation pour autrui en Italie[1012]. La Cour a répondu de manière négative et elle a permis la reconnaissance de la filiation des enfants soulignant le fait qu'une décision différente serait nuisible au bien-être des enfants, à l'époque âgés de onze et huit ans et ayant vécu depuis leur naissance avec la mère d'intention. La solution avait été fondée, d'une part sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la Convention de New-York et, d'autre part sur le fait que le refus de reconnaissance de cette filiation constituerait une entrave à la liberté de circulation des personnes garantie par le droit de l'Union européenne[1013].

Il faut relever que la décision examinée a été rendue dans un ordre juridique connu pour ses positions restrictives en matière d'assistance médicale à la procréation. Cette approche restrictive n'a néanmoins pas empêché les juges d'accepter la reconnaissance du lien de filiation. La réponse apportée est indicative de l'influence potentielle du droit de l'Union européenne dans les cas de filiations résultant d'une assistance médicale à la procréation. L'interprétation avancée par les juridictions d'un État membre ne serait pas pour autant suffisante pour affirmer une intervention généralisée du droit de l'Union européenne dans des circonstances similaires. Si la

---

1011 CA de Bari, 13 février 2009, *I.M. c. G.A.J.R.* : Les éléments de l'arrêt sont puisés dans BARATTA Roberto, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI* 2010,vol. 348, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2011, pp. 257-499, spéc. pp. 396-398.

1012 BARATTA Roberto, « La reconnaissance internationale… », *op.cit.*, *supra* note… ,p. 397.

1013 BARATTA Roberto, *ibid.*, et note 273 ; L'auteur souligne que la Cour dans son raisonnement fait référence aux décisions de la Cour de Justice *Garcia Avello* et *Grunkin-Paul.*

question serait amenée devant la Cour de justice, l'étude de droit comparé, souvent menée par les juges lors de l'évaluation des mesures prises par les États membres, montrerait que la majorité des États membres n'acceptent pas de manière explicite le procédé de la gestation pour autrui ou l'établissement d'une filiation en faveur d'un couple de même sexe[1014]. Toutefois une telle étude montrerait aussi que la majorité des pays de l'Union européenne interdisant la gestation pour autrui permettent dans une certaine mesure la reconnaissance ou la reconstruction d'un lien de filiation de l'enfant né avec la mère d'intention[1015]. Les positions de la doctrine par rapport à l'influence du droit

---

1014 Pour l'importance de la méthode comparative dans les raisonnements de la Cour de Justice v. MEEUSEN Johan, PERTEGÁS Marta, STRAETMANS Gert, Swennen Frederik (éd.), « Rapport general », in Johan MEEUSEN, Marta PERTEGÁS, Gert STRAETMANS, Frederik SWENNEN (sous la dir. de), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p. 34; v. aussi en ce sens LENAERTS Koen, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE* 2001, pp. 487-528 ; CHRISTIANOS Vassili, « La diversité de la culture juridique européenne et la prise de décision au sein de la Cour de justice de l'Union européenne », in *La Cour de justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, Springer, 2013, p. 561-569, spéc. p. 565.

1015 V. ainsi pour l'Espagne le commentaire de QUIÑONES ESCÁMEZ Ana sous l'Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui, *Rev.crit DIP* 2011, pp. 183-188 ; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS Patricia, « Spain », in TRIMMINGS K., BEAUMONT P. (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 347-355, spéc. pp. 349-354 ; pour la Belgique v. Tribunal de première instance de Bruxelles, 18 décembre 2012, *Revue de droit international privé*, 2013/2, pp. 64-72, consultable sur le site : <www.dipr.be> ; v. pour la Belgique aussi VERHELLEN Jinske, « Intercountry surrogacy: a comment on recent Belgian cases », *NederlandInternationaal Privaatrecht* 2011, pp. 657 -662 ; pour l'Allemagne v. GÖSSL L. Susanne, « Germany », in TRIMMINGS K., BEAUMONT P. (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 119-130, spéc. p. 131-142, spéc. p. 141 ; Pour la Suisse : BUCHER Andreas, Art. 70, in *Commentaire romand-Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, mise à jour 06.07.2016 ; v. SPAHNI Elodie, *Maternité de substitution à l'étranger, Reconnaissance et effets en Suisse, Analyse de deux arrêts récents du Tribunal fédéral, (ATF 141 lll 312 et ATF 141 III 328)*, travail effectué dans le cadre du master : « La protection internationale de l'enfant », sous la dir. de ROMANO Gian Paolo, Genève, juin 2016, spéc. pp. 22-25 ; Pour l'Allemagne v. DUDEN Konrad, « International Surrogate Motherhood – Shifting the Focus to the Child », *ZEuP* 2015, pp. 637-660, spéc. p. 657 ; PECHER Mandy « How to Chose a Surrogate for German Intended parents: An Overview of Legal Issues When Trying to Legalize a Child for Intended parents from Germany in Germany », communication effectuée lors du colloque de la section du droit de la famille de l'*American Bar Association*, qui a eu lieu du 26 au 29 octobre 2011 à Las Vegas [non publiée] ; v. l'étude de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen : BRUNET Laurence (sous la dir. de), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States,* European Union, Mai 2013, v. en particulier l'affirmation incluse dans le rapport selon laquelle : « *As the national case law analysis in Section 2, Part B of this Report has indicated, all European countries accept to formally recognise (with more or less enthusiasm) the relationship between the surrogate child and the intended parent(s).* », p. 154 ainsi que les rapports nationaux, pp. 206 et s. ; consultable sur :
<http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf> dernière visite le 12.10.2016 ; v. aussi les rapports nationaux dans : MONÉGER Françoise (sous la dir. de), *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, XVIIIe Congrès Washington, les 25-31 juillet 2011, Lex Multiplex Jus Unum, Société de Législation Comparée, Paris, 2011 : beaucoup de pays même s'ils interdisent la gestation pour autrui n'excluent pas de manière absolue l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant, le plus souvent par le biais d'une adoption. V. ainsi le rapport polonais par NESTEROWICZ Miroslaw et WAŁACHOWSKA Monika, pp. 221-223, spéc. p. 223, n°3 ; v. enfin DE SUTTER Petra, « Droits de l'enfant liés à la maternité de substitution », rapport soumis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, version provisoire, 21 septembre 2016, p. 9, n° 26, consultable sur :

de l'Union européenne précisément sur la reconnaissance des liens de filiation tissés à la suite d'une gestation pour autrui se caractérisent par une hésitation.

L'extension de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de nom dans d'autres domaines du statut personnel comme le mariage ou la filiation établie suite à une gestation pour autrui a été explicitement soutenue[1016]. Selon M. LAGARDE « *Le déni de la filiation maternelle de l'enfant est contraire, dans le cadre de l'Union européenne, au principe de libre circulation dont bénéficie tout citoyen de l'Union (art. 18 TCE) et c'est vrai aussi de l'enfant issu d'un contrat de mère porteuse dans un pays de l'Union, par exemple la Grèce ou le Royaume-Uni, dont l'acte de naissance porterait comme mère la femme française commanditaire. Un tel enfant serait victime d'une entrave à son droit de libre circulation si sa filiation maternelle établie dans un État membre était déniée dans un autre État membre* »[1017]. Toutefois, M. LAGARDE observe que : « *Certes l'entrave à la libre circulation peut être justifiée par l'intérêt général et le ministère public invoquera à ce titre la contrariété à l'ordre public du contrat de mère porteuse, argument dont on a vu qu'il était rejeté par la résolution précitée de la DGRN* »[1018]. De plus, les auteurs d'une étude –effectuée pour le compte de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen– de droit comparé portant sur le régime juridique de la gestation pour autrui soutiennent que le refus de reconnaissance d'une filiation issue d'une gestation pour autrui peut facilement passer le test de compatibilité avec le droit de l'Union européenne[1019]. L'étude des différentes positions soutenues en doctrine révèle une véritable hésitation en ce qui concerne la qualification d'un refus de filiation issue d'une gestation pour autrui en violation du droit de l'Union européenne.

<http://website-pace.net/documents/19855/2463558/20160921-SurrogacyRights-FR.pdf/1b33ac68-47d2-4534-a21d-11250cc9bd72> dernière visite le 12.10.2016.

[1016] LAGARDE Paul, note sous Cass. civ., 1re , 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *Rev.crit DIP* 2009, pp. 320-331, spéc. p. 330, n° 19 ; Rappr. FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Dans les limbes du droit, À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D* 2013, pp. 2349-2357, spéc. p. 2357 ; SAARLOOS Kees, *op. cit.*, p. 289.

[1017] LAGARDE Paul, *op.cit.*, p. 330, n° 19 ; La même hésitation quant à l'influence du droit de l'Union européenne caractérise la position de FULCHIRON et de GARAUD dans leur article : « Dans les limbes du droit, À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D* 2013, pp. 2349-2357, spéc. p. 2357.

[1018] LAGARDE Paul note sous Cass. civ., 1re , 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *Rev.crit DIP* 2009, pp. 320-331, spéc. p.330, n° 19. Il faut noter que finalement la résolution du 18 février 2009 de la DGRN citée par lui ayant autorisé la transcription des actes de naissance établis en Californie en faveur d'un couple d'hommes a été annulée par le Tribunal de première instance de Valence le 17 septembre 2009. Toutefois, une instruction était publiée le 5 octobre par la Direction Générale des Registres et du Notariat qui énonce les directives selon lesquelles la naissance d'un mineur né à la suite d'une gestation pour autrui peut être inscrite en Espagne ; v. le commentaire de QUIÑONES ESCÁMEZ Ana sous l'Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui, *Rev.crit DIP* 2011, pp. 183-188.

[1019] BRUNET Laurence (sous la dir. de), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States,* European Union, Mai 2013, *op.cit.*, pp. 153-154.

En dépit de ces réticences, nous observons une emprise de plus en plus importante du législateur de l'Union européenne en matière du droit de la famille. En ce sens nous pouvons aussi mentionner les règlements unifiant les conflits de lois en matière familiale[1020] et plus récemment le règlement « visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 »[1021]. Relève aussi de ce développement la jurisprudence en matière de nom, de même que la jurisprudence relative à l'état des transsexuels dans l'Union européenne[1022]. Les affirmations de l'influence ne doivent pas conduire à la conclusion que le pouvoir d'intervention et l'influence du droit de l'Union européenne en matière de statut personnel est sans limite.

B. LIMITES DE L'INFLUENCE

Comme dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme le système du droit de l'Union européenne comprend des limites inhérentes dans son fonctionnement qui ressortent des textes de l'Union européenne mais aussi de la doctrine de la marge d'appréciation (1). Ces limites préservant l'autonomie des États[1023] se sont exprimées de manière précise en matière familiale et en matière de l'assistance médicale à la procréation (2).

1. Les limites inhérentes au système du droit de l'Union européenne

Des limites explicites à l'intervention du droit de l'Union européenne sont prévues dans les règles relatives aux libertés économiques de circulation. Ces limites et la doctrine de la marge d'appréciation[1024] permettent de ménager une place aux intérêts et aux objectifs

[1020] En matière des successions, divorces, obligations alimentaires et prochainement en matière de régimes matrimoniaux.
[1021] 24.4.2013, COM(2013) 228 final.
[1022] CJCE, 30 avril 1996, *P. c S. et Cornwall County Council*, Aff. C-13/94 ; HAUSER Jean, « Le licenciement du transsexual », *RTD civ.* 1996, p. 579 ; CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health* ; CJCE, 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards contre Secretary of State for Work and Pensions*, Aff. C-423/04, *Recueil de jurisprudence* 2006 page I-03585.
[1023] MARZAL YETANO Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, L.G.D.J.-lextenso éditions, Paris, 2014, p. 447, n° 1132.
[1024] Sur cette doctrine et sur les interprétations proposées v. MARZAL YETANO Antonio, *ibid.*, p. 448 et *seq.*

protégés par les ordres juridiques restrictifs en matière d'assistance médicale à la procréation et en matière de filiation.

Ainsi, l'article 21 § 1 TFUE sur la citoyenneté européenne prévoit :

> « *Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application* ».

L'article 45 §§ 1,3 TFUE sur la liberté de circulation des travailleurs prévoit que :

> « *1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union.*
> …
> *3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique...* »

L'article 52 § 1 TFUE sur la liberté d'établissement prévoit :

> « *1. Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* »[1025].

Les dispositions examinées démontrent que certains des motifs régulièrement invoqués à l'appui du refus de reconnaissance d'un lien de filiation issu d'une assistance médicale à la procréation peuvent recevoir la qualification de limites aux libertés que le législateur européen considèrerait comme légitimes parce que liées à l'ordre public[1026]. Parmi ceux-ci on relève l'intérêt de l'enfant, la protection des libertés d'autrui, la dignité humaine. Les solutions nationales peuvent également être justifiées au motif qu'elles visent à la protection d'une personne faible, à savoir la mère porteuse ou la donneuse d'ovules. Au-delà toutefois de la prise en considération explicite de ces motivations dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne la limite dont la portée est la plus considérable

[1025] De même, l'article 62 TFUE relatif à la liberté de circulation des services renvoie à l'article 52 relatif aux limites à la liberté d'établissement en disposant que : « *Les dispositions des articles 51 à 54 inclus sont applicables à la matière régie par le présent chapitre.* » et enfin l'article 65 § 1 b) TFUE par rapport à la circulation des capitaux prévoit : « *L'*article *63 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres: …b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle … ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.* ».

[1026] Pour le caractère d'ordre public de la réglementation de la procréation médicalement assistée v. BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, *t. II, partie spéciale*, 3ème éd., PUF, Paris, 2014, pp. 246, 256-257, nos 779-780.

est celle de la doctrine de la marge d'appréciation. En suivant l'interprétation de M. MARZAL relative à l'autonomie des États membre et les conditions d'invocation de cette doctrine[1027], il faut observer que l'assistance médicale à la procréation et la réglementation des liens de filiation qui en résultent sont bien dans le domaine des questions de nature dogmatique, « *irréductibles à une évaluation coût-bénéfices* »[1028]. Comme il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice chaque fois qu'une mesure nationale s'appuie sur des principes de type abstrait, moral ou culturel la marge d'appréciation reconnue aux État membres sera ample et le contrôle de proportionnalité affaibli[1029].

Nous pouvons citer comme des manifestations de la mise en œuvre de cette doctrine les arrêts *Omega spielhallen*[1030], *Dynamic Medien Vertriebs*[1031]. Il est intéressant d'observer que les motifs invoqués par les gouvernements dans ces deux affaires sont aussi régulièrement invoqués dans le contexte des affaires liées à une assistance médicale à la procréation. Dans le premier cas l'Allemagne avait invoqué le principe de la dignité humaine pour restreindre l'exploitation d'un jeu de divertissement simulant des actes de mise à mort des êtres humains[1032] et dans le deuxième c'était la protection de l'intérêt de l'enfant qui était invoquée pour justifier la restriction de la liberté de circulation des biens. Cette jurisprudence démontre que des motifs régulièrement invoqués à l'appui des refus de reconnaissance des filiations tissées à la suite d'une gestation pour autrui sont acceptés comme légitimes par la Cour de la justice. En outre, en matière de nom, où la jurisprudence de la Cour de justice avait été très poussée, l'invocation d'un objectif d'ordre constitutionnel à l'appui du refus de reconnaissance a été à l'origine d'une limite au contrôle exercé.

En effet, l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* en matière de nom conforté aussi par les arrêts *Runevyc-Vardyn*[1033] et *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*[1034] ayant suivi un raisonnement similaire, atteste que la circulation d'un nom valablement établi selon la législation d'un

---

1027 MARZAL YETANO Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, L.G.D.J.-lextenso éditions, Paris, 2014, p. 460 *et seq*, et spéc. p. 464, n° 1183.

1028 *Ibid.*, p. 461, n° 1171.

1029 *Ibid.*, p. 474, n° 1214.

1030 CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen-und Automatenaustellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02 .

1031 CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c Avides Media AG*, aff. C-244/06.

1032 §§ 36-41.

1033 CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, aff. C-391/09 ; *Europe* 2011, p. 238, obs. SIMON Denys ; *RTDE* 2011, pp. 571-576 note par PATAUT Étienne.

1034 CJUE, 2 juin 2016, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff* c. *Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, C-438/14. Dans ce dernier arrêt la Cour de justice admet que des considérations liées à l'ordre public et au principe d'égalité sont susceptibles de justifier le refus de reconnaissance d'un nom attribué dans un autre État membre (pt. 66), tout en relevant que la politique ayant justifié ce refus n'était pas sans exception (pts. 75-77).

État membre n'est pas automatique. Les États peuvent s'opposer à sa reconnaissance si celle-ci est contraire à un objectif légitime. Cette observation doit être retenue pour le contrôle de proportionnalité. Encore en l'espèce l'invocation d'un principe ancré dans la Constitution conduit la Cour de justice à reconnaître aux États membres une discrétion considérable.

Il ne serait pas déplacé d'affirmer qu'en droit de la famille la sensibilité de certaines questions qui touchent à la fois la culture d'un ordre juridique et des questions de morale, serait de nature à conduire plus facilement à la mise en œuvre de la doctrine de la marge d'appréciation. En ce sens nous pouvons mentionner l'hésitation initialement montrée par la Cour de justice dans des affaires concernant des relations entre personnes de même sexe à condamner des positions pouvant être considérées discriminatoires[1035]. On avait observé à cet égard qu'en l'absence de consensus sur des questions d'une telle nature les juges s'abstiennent souvent d'une approche activiste[1036]. Et lorsque la position de la jurisprudence évolue comme c'était le cas en matière du statut de transsexuel[1037] et en matière du traitement des couples même sexe[1038], l'intervention de la Cour de justice semble liée à une évolution progressive qui prend en considération les particularités des positions nationales. Plus encore, il faut à cet égard aussi ajouter que la nature des motivations invoquées par un ordre juridique national à l'appui du refus de reconnaissance d'un lien de filiation jouera un rôle à l'étendue du contrôle exercé par la Cour de justice qu'il ne faut pas négliger[1039]. À propos en particulier des décisions en

---

1035 CJCE, 17 février 1998, *Lisa Grant* c. *South-West Trains Limited*, aff. C-249/96 ; *Droit de la famille* 1998, n° 60, note LÉCUYER ; Chronique de FLAUSS Jean-François, E. LAMBERT et C. SCIUTTI, « Les droits de l'homme dans l'union européenne », *Revue de droit international et de droit comparé* 1999, p. 109 et s. ; CJCE, 31 mai 2001, *D. et Suède contre Conseil*, C-122/99 P et C125/99P ; dans cet arrêt concernant le statut d'un fonctionnaire de l'Union européenne, le juge a considéré, en présence d'une grande diversité des législations nationales en matière d'enregistrement des relations non matrimoniales, que le mariage ne peut pas être assimilé avec un partenariat enregistré et que, par conséquent, le requérant n'avait pas droit à l'allocation de foyer (réservée à l'époque au fonctionnaire marié). *D.* 2001, p. 3381, note NOURISSAT Cyril et DEVERS Alain.

1036 KESSLER Guillaume, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, préf. Paul Lagarde, L.G.D.J., Paris, 2004, pp. 262-263, n° 455.

1037 CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, Aff. C-117/01, *Recueil de jurisprudence 2004 page I-00541* ; *Europe* mars 2004, note IDOT Laurence ; *D.* 2004, 675 et 979 ; note ICARD, *RTD civ* 2004, pp. 266-267, Chronique Personnes et droits de la famille par HAUSER Jean ; et pp. 373-375, Chronique Sources internationales par RAYNARD Jacques.

1038 DEVERS Alain, VIANGALLI François, « Droit à pension de veuf pour un partenaire homosexuel », *JCP* 2008 II 10143, pp. 42-45 ; *AJDA* 2008, p. 871, Chronique de jurisprudence communautaire par BROUSSY Emmanuelle, DONAT Francis, LAMBERT Christian, pp. 871-881, spéc. p. 872 ; LHERNOULD Jean-Philippe, « Les droits sociaux des couples homosexuels », *Droit social*, 2008, pp. 712-719.

1039 En ce sens aussi : MARZAL YETANO Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité, op. cit.*, p. 484, n° 1243.

matière des relations des couples de même sexe et du statut des transsexuels il faut faire trois observations.

Premièrement, il faut prendre acte de l'évolution des législations nationales dans ces domaines. Il ressort que le débat portant sur ces questions n'était pas aussi controversé que ne l'est aujourd'hui celui sur les filiations créées à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Deuxièmement, il faut noter que malgré l'évolution des droits nationaux, la jurisprudence de la Cour de justice ne conduit pas à l'affirmation générale de reconnaissance du statut des transsexuels et des liens créés entre couples de même sexe dans toutes les circonstances et à tout prix[1040]. L'intervention de la Cour de justice, comme celle de la Cour européenne, est circonstanciée et ne débouche pas sur une obligation générale de reconnaissance du statut familial créé dans un État membre par le reste des États membres. La position du législateur national en ce qui concerne la réglementation des aspects du statut personnel est particulièrement prise en considération par les juges de la Cour de justice[1041]. Plus encore, il faut noter que la Cour de justice procède comme la Cour européenne des droits de l'Homme à un contrôle de la cohérence de l'argumentation avancée par les États ou plus généralement du cadre juridique étatique sur une question de statut personnel. Ainsi, dans l'arrêt *Maruko* le droit allemand avait procédé à l'assimilation du partenariat enregistré avec le mariage dans l'article 46 § 4 dans le livre VI du code de la sécurité sociale portant sur le régime légal d'assurance retraite[1042].

Troisièmement, il faut observer que les questions soulevées par l'assistance médicale à la procréation et notamment la gestation pour autrui et, par la filiation consacrée en faveur des couples de même sexe à la suite d'une assistance à la procréation sont d'une sensibilité considérable pour les États membres mais aussi pour l'Union européenne parce qu'elles mettent en question les structures sociales[1043]. Les objectifs

---

1040 V. ainsi § 103 des conclusions du 6 septembre 2007 (*Recueil de jurisprudence* 2008 page I-01757) de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer prenant le soin à distinguer le contexte factuel et juridique des affaires *Grant*, *D. c. Suède*, *K.B. c. National Health Service Pensions* avec celui dans l'affaire *Maruko*, ce qui démontre qu'on ne peut pas parler d'un ensemble jurisprudentiel : CJCE, 1 avril 2008, *Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, aff. C-267.06.

1041 V. CJCE, 1 avril 2008, *Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, aff. C-267.06., § 73.

1042 V. § 13 de l'arrêt l'art. 46 § 4 du livre VI Code de la sécurité sociale (Sozialgesetzbuch VI – Gesetzliche Rentenversicherung): « *Il est entendu, pour la détermination du droit à une pension de veuve ou de veuf, que la conclusion d'un partenariat de vie est assimilée à la conclusion d'un mariage, qu'un partenariat de vie est assimilé à un mariage, qu'un partenaire survivant est assimilé à une veuve et à un veuf et qu'un partenaire de vie est assimilé à un conjoint*…. »

1043 En atteste le fait que dans certains pays ces questions ont fait l'objet des référendum ou le fait que ces questions font l'objet des recours devant les Cours constitutionnelles étatiques. V. L'arrêt de la Cour constitutionnelle belge du 12 juillet 2012 portant sur la possibilité d'une partenaire de même sexe d'adopter l'enfant de sa partenaire, né suite à une procréation médicalement assistée dans le cadre d'un projet parental commun ; *Revue trimestrielle de droit familial* 2013/1, pp. 153-203, note par CAP Sylvie et SOSSON Jehane ; v.

invoqués en faveur de l'une ou de l'autre solution –droit à la protection de la famille, dignité humaine, droit de l'enfant, respect des traditions et des identités culturelles nationales– sont explicitement consacrés dans les traités et font également partie du système juridique de l'Union européenne.

Certes, il faut relever à l'égard de cette limite le caractère instable et arbitraire démontré de la variation intense de la jurisprudence de la Cour de justice[1044] et du fait que même dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation et en droit de la famille on ne peut pas prévoir les étapes prochaines.

L'analyse qui précède est en partie confirmée par le droit secondaire de l'Union européenne et par certains arrêts ayant abordé des questions liées à l'assistance médicale à la procréation.

2. Les limites en matière familiale et en matière d'assistance médicale à la procréation

La Cour de justice n'a pas été confrontée directement à ce jour à la question de l'emprise du droit de l'Union européenne sur les questions liées à l'assistance médicale à la procréation et les liens de filiation qui en résultent. La problématique commence toutefois à se développer ce qui atteste l'interaction entre le droit de l'Union européenne et des secteurs du droit qui relèvent de la compétence du législateur national[1045]. Représentatives de cette interaction sont deux affaires portées à la connaissance de la Cour de justice portant sur les implications d'une gestation pour autrui. La question posée dans celles-ci était celle « *de savoir si la mère commanditaire peut revendiquer un congé de maternité sur le fondement du droit de l'Union et en particulier de la directive 92/85/CEE du Conseil*

Aussi les arrêts de la Cour constitutionnelle autrichienne du 11.10.2012 (B 99/12, oben S. 271, Nr 20) et du 14.12.2012 (B13/11-10, oben S. 275, Nr 21) cités dans LURGER Brigitta, « Das österreichische IPR bei Leimutterschaft im Ausland-das Kindeswohl zwischen Annerkennungm europäischen Grundrechten und inländischem Leimutterschaftsverbot », *IPRax* 2013, pp. 282-289.

[1044] MARZAL YETANO Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité,* préc., note…pp. 479-488.

[1045] Dans un des premiers arrêts en matière de procréation médicalement assistée, la Cour considère en reposant sur la directive du 9 février 1976 (dir. 76/207/CEE) que le licenciement d'une travailleuse qui subit un traitement de fécondation in vitro est interdit, s'il est démontré que ce licenciement est intervenu en raison du traitement. La protection a été fondée sur l'interdiction du traitement discriminatoire et non comme il a été pensé qu'il pourrait l'être sur la directive portant sur la protection des femmes enceinte (Dir. 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.). La Cour n'a pas accepté que la femme en cours de traitement peut être considérée en tant qu'enceinte ; CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr contre Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, aff. n° C-506/06; *Europe* 2008/4, p. 23, commentaire n° 121 par DRIGUEZ Laetitia ; *D.* 2008, pp. 788-789, note PERRIN L. ; BELLIVIER, Florence ; NOIVILLE Christine, « Contrat et vivant. Contrat de travail et procréation médicalement assistée: quand commence une grossesse? », *Revue des contrats* 2009 pp. 1225-1229.

du 19 octobre 1992, 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 »[1046]. Ces affaires présentent l'originalité d'être les premières nécessitant la détermination par la Cour de justice du terme mère dans le contexte d'une gestation pour autrui pour la mise en œuvre du droit secondaire de l'Union européenne.

La Cour de justice dans ses deux décisions du 18 mars 2014 a décidé qu'une femme devenue mère par gestation pour autrui ne peut pas invoquer le bénéfice des dispositions européennes relatives au congé de maternité[1047]. Ces deux décisions font ressortir clairement l'hésitation de la Cour de justice à se prononcer sur un débat si délicat tel celui de la gestation pour autrui[1048] même lorsque la question posée est une question préalable à l'application d'un texte du droit dérivé de l'Union européenne. En outre, il transparaît de ces décisions le fait que la législation du pays de la résidence habituelle ou du pays d'accueil du citoyen est déterminante pour la désignation de ce qu'on entend par membre de famille.

La même hésitation se manifeste aussi dans le droit dérivé. Ainsi, le règlement 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale repose sur la législation du lieu de travail pour déterminer les personnes bénéficiaires. L'article premier, i), 1. du règlement 883/2004 les termes « membre de la famille » désignent :

1046 V. les conclusions de l'Avocat général Julian Kokott, présentées le 26 septembre 2013 dans l'Affaire C-167/12, *CD c ST.* ; Pt. 4 des conclusions. La question pourrait aussi être posée dans le contexte d'un couple de femmes effectuant un projet parental grâce à une procréation médicalement assistée. La femme n'ayant pas porté l'enfant pourrait dans selon le même fondement revendiquer un congé maternité parce qu'il existe une possibilité qu'elle allaite l'enfant né.

1047 CJUE, 18 mars 2014, aff. C-167/12, *C. D.* et C-363/12, *Z.* ; sur ces arrêts v. GARDIN Alexia, « Gestation pour autrui et congé de maternité : La CJUE confrontée au tabou (CJUE 18 mars 2014, aff. C-167/12, C. D. et C-363/12, Z.) », *RDLF* 2014, chron. n° 15 ; consultable sur : <www.revuedlf.com> dernière visite le 12.10.2016.

1048 Il faut toutefois noter que l'avocate générale Julian Kokott, dans ses conclusions présentées le 26 septembre 2013 dans l'Affaire C-167/12, *CD c ST.*, reconnaissait explicitement le rôle de parent de la « mère commanditaire » et suggérait que : « *Compte tenu des possibilités créées par les progrès de la médecine, les objectifs poursuivis par la directive 92/85 appellent à interpréter le cercle des personnes défini à l'article 2 non pas d'un point de vue biologique-moniste, mais au contraire fonctionnel* ». À l'appui de sa position elle avançait que la directive ne vise pas seulement à la protection de la travailleuse avant et après l'accouchement de l'enfant mais aussi la relation entre l'enfant et son parent, relation protégée par les dispositions de la Charte européenne visant à la protection des droits de la famille. La Commission par contre était contre cette extension. V. pt. 45 des conclusions : « *Le congé de maternité est au contraire supposé protéger la relation spéciale entre la mère et l'enfant durant la période suivant la grossesse et l'accouchement, ce qui au demeurant correspond à l'*article *24, paragraphe 3, et à l'*article *7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.* ». Par contre, dans la deuxième affaire concernant la même question pour un couple ayant sa résidence habituelle en Irlande –pays dans lequel la gestation pour autrui ne fait l'objet d'aucune réglementation explicite– l'avocat général Nils adopte la position opposée, en soutenant que : la protection reconnue est due à la situation biologique de la femme enceinte et que le droit de congé permet à cette dernière de « *récupérer des contraintes physiques et mentales liées à la grossesse* ». V. Pts 45-46 des conclusions de l'Avocat général NILS Wahl, présentées le 26 septembre 2013, aff. C-363/2012, *Z. contre A Government Department and the Board of Management of a Community School.*

« *i) toute personne définie ou admise comme membre de la famille ou désignée comme membre du ménage par la législation au titre de laquelle les prestations sont servies ;*

ii) pour ce qui est des prestations en nature selon le titre III, chapitre 1, sur la maladie, la maternité et les prestations de paternité assimilées, toute personne définie ou admise comme membre de la famille ou désignée comme membre du ménage par la législation de l'État membre dans lequel réside l'intéressé »

Le législateur européen préfère donc renvoyer aux législations nationales au lieu de faire jouer une interprétation autonome des membres de la famille. Dans le même ordre d'idées le considérant numéro 10 de la directive 2003/86 dispose que :

« *il appartient aux États-membres de décider s'ils souhaitent autoriser le regroupement familial pour les ascendants en ligne directe, les enfants majeurs célibataires, les partenaires non mariés ou enregistrés ainsi que, dans le cas d'un mariage polygame, les enfants mineurs d'une autre épouse et du regroupant. Lorsqu'un État membre autorise le regroupement familial de ces personnes, cela est sans préjudice de la possibilité, pour les États-membres qui ne reconnaissent pas l'existence des liens familiaux dans les cas ouverts par la présente disposition, de ne pas accorder auxdites personnes le traitement des membres de….* »

Enfin, la même approche est adoptée dans la directive 2004/38 CE, dont l'article 3(2) b dispose pour ce qui concerne la définition du terme « membre de famille » que :

« *Le fonctionnement des droits tirés des libertés communautaires et la désignation des bénéficiaires dépend largement de l'appréciation de l'État-membre d'accueil* ».

Le renvoi au droit national pour les besoins d'application du droit dérivé témoigne de la prudence du législateur européen lorsqu'il s'agit de toucher à des questions du droit de la famille.

Par conséquent même si dans les affaires examinées ci-dessus une reconnaissance indirecte du lien de filiation de la mère d'intention pourrait se produire, ceci ne serait pas à même de forcer le jeu du droit de l'Union européenne sur les États membres dans l'objectif de faire reconnaître des liens de filiation de ce type.

En définitive, l'affirmation d'une violation des dispositions du système de la Convention européenne et du droit de l'Union européenne ne conduit pas nécessairement à l'alignement de l'ordre juridique de réception à la réalité juridique telle conçue à l'ordre juridique de création. Ainsi, même si l'exercice de ce contrôle par les

deux Cours européennes ne conduit pas à la consécration d'une méthode spécifique, il oblige néanmoins à réfléchir à des adaptations des systèmes de circulation du statut personnel.

SECTION 2

LA RECONSIDÉRATION DU SYSTÈME DE CIRCULATION COMME CATALYSEUR

Le droit européen est un catalyseur de la circulation de liens de filiation créés par assistance médicale à la procréation. Cette constatation a pu servir comme argument en faveur de l'adoption de la dite « méthode de la reconnaissance »[1049]. Bien que le droit européen n'impose nullement l'adoption d'une telle méthode[1050] il sera suggéré que des raisons d'opportunité militent en faveur d'une variante de cette méthode à la place de la règle de conflit en matière de filiation au stade de la circulation de situations valablement constituées à l'étranger. Son apport pourra être ressenti lorsque la question du lien de la filiation se pose de manière incidente. Toutefois, le rôle réduit qui échoit à la règle de conflit au moment de la circulation de filiations valablement créées à l'étranger montre que la méthode de reconnaissance ne peut qu'être un catalyseur relatif (§ 1). Au contraire, la contribution d'une reconsidération du fonctionnement de l'ordre public international au stade de la circulation de liens de filiation peut être beaucoup plus significative (§ 2). Au final, la circulation peut être facilitée considérablement par une réforme de systèmes de circulation des actes d'état civil (§ 3).

§ 1. Le rôle de la méthode de la reconnaissance à la circulation du statut personnel

Le statut personnel a pu être conçu comme « *terrain d'élection* »[1051] de la méthode de la reconnaissance[1052] et les décisions portant sur les liens de filiation issus d'une gestation

---

[1049] PANET Amélie, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, (dir. de thèse Cyril Nourissat), Université Jean Moulin Lyon 3, thèse soutenue le 14 février 2014, pp. 415-459, n^{os} 1083-1206.

[1050] En ce sens pour ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne v. MARZAL YETANO Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, L.G.D.J.-lextenso éditions, Paris, 2014, pp. 284 et *seq.*, n^{o} 729 et *seq.*

[1051] LAGARDE Paul, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A. Pédone, Paris, 2013, pp.19-25, spéc. p. 19.

[1052] Monsieur LAGARDE pose la question dans les termes suivants : « *Il apparaît en effet que, si l'on se place dans la perspective de l'élaboration de règles communes de droit international privé au sein de l'Union européenne, la première question à se poser soit celle de la place respective de la technique de la règle de conflit de lois et de celle de la reconnaissance* » :

pour autrui ont alimenté la discussion sur cette méthode[1053]. Cette analyse peut provoquer quelques doutes parce qu'en matière de gestation pour autrui l'ordre public a été l'obstacle principal à la circulation et non point la règle de conflit. Cependant, la circulation de liens de filiation créés par assistance médicale à la procréation est une opportunité pour prendre position sur la question de la nécessité et de l'opportunité d'adoption de la méthode de la reconnaissance. Avant de le faire, il importe de procéder à une clarification de ce qu'on entend par méthode de reconnaissance.

M. MAYER est de l'avis qu'il faut faire une distinction entre reconnaissance des décisions et reconnaissance des situations[1054]. Cette distinction permet, selon lui, de mieux apprécier l'impact réel et l'intérêt de la méthode de la reconnaissance. On affirme généralement que l'intérêt de la méthode de la reconnaissance réside dans le fait qu'elle dispense de la nécessité d'appliquer une règle de conflit au moment de la réception d'un rapport de droit privé[1055]. D'après M. MAYER cet intérêt n'est pas le même selon que l'on parle de réception de décisions ou de situations, puisque, en tous les cas, seule la règle de conflit ne devait pas jouer en tant que condition pour la reconnaissance de décisions. La reconnaissance de l'effet normatif du jugement s'explique par le fait qu'une décision constitue une « *base de prévisions légitimes* » pour les parties et que celle-ci « *exprime une volonté qui appelle le respect* »[1056]. C'est la raison pour laquelle interroger le droit appliqué dans la décision lors de sa reconnaissance est superflue et l'intervention de la règle de conflit à ce stade –avant l'avènement de l'arrêt *Cornelissen*– constituait une erreur[1057].

LAGARDE Paul, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004, pp. 225-243, spéc. p. 229.

1053 En ce sens LAGARDE Paul, note sous Civ. 1re, 17 décembre 2008, *Rev.crit DIP* 2009, pp. 320-331, spéc. pp. 330-331 ; SALAMÉ Georgette, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, (préf. Horatia Muir Watt), PUAM, 2006, p.241, n° 369, p. 254, n° 392, p. 260, n° 402.

1054 MAYER Pierre, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 547-573. On a observé à cet égard que malgré l'existence de cette distinction, la différence entre les deux catégories tend à s'amenuiser : PATAUT Etienne, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. com. fr. D.I.P.* Année 2006-2008, pp. 73-97 et débats pp. 99-114, spéc. p. 79.

1055 LAGARDE Paul, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.19-25, spéc. p. 19 ; selon le professeur LAGARDE : « *Le trait caractéristique de la méthode de la reconnaissance des situations est que l'État dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation, au profit de la loi qui a fait surgir la situation* ».

1056 MAYER Pierre, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 547-573, spéc. p. 552.

1057 Cette erreur était le résultat d'une prise en compte insuffisante de l'effet normatif du jugement qui peut selon lui être comprise en regardant les explications avancées par la doctrine concernant la reconnaissance *de plano* des jugements étrangers. Cette reconnaissance *de plano* était donc expliquée « *par un simple effet de fait, comme si la situation juridique résultait non du jugement étranger, mais du fait de son prononcé* ». Ainsi, selon cette explication c'était plutôt une *situation* qui était reconnue et non tellement un jugement, ce qui explique le

Après que cette erreur fut corrigée, il ressort, toujours d'après Monsieur MAYER, que la nécessité de se dispenser du contrôle de la règle de conflit au moment de la circulation des jugements est évidente. Ceci dit, la question du besoin d'adoption de la méthode de la reconnaissance concerne également la question de reconnaissance et d'exécution de jugements chaque fois que le législateur national la conditionne, entre autres, au jeu de la règle de conflit.

Par ailleurs, en dehors d'une conception étroite de la méthode de reconnaissance visant à la suppression de la règle de conflit comme condition de la reconnaissance d'une décision ou d'une situation, il existe d'autres variantes. Ces versions différentes préconisent un régime de contrôle de la circulation de situations privées allégé par rapport au régime existant. L'allègement résulte soit du recul du rôle de la règle de conflit soit de l'encadrement plus strict du reste des conditions des systèmes nationaux de réception de situations.

Une telle variante repose sur une idée renouvelée de la théorie des droits acquis[1058]. Selon cette conception « *il ne serait plus question uniquement de reconnaître une situation constituée et ayant épuisé ses effets à l'étranger. Plus largement, en effet, la nouvelle théorie des droits acquis décrirait la possibilité d'harmoniser deux ou plusieurs systèmes juridiques entre eux, de manière à s'assurer de ce qu'une situation effectivement efficace dans un État puisse circuler dans un autre État sans contrôle ou à la suite d'un contrôle considérablement allégé dans lequel le conflit de lois n'aurait plus qu'une faible part* »[1059]. Cette optique élargie de la méthode de la reconnaissance trouve une justification au fait qu'elle permet de prendre en considération toutes ces « *techniques de droit positif orientées autour d'un impératif d'harmonie internationale des solutions* »[1060] qui sont susceptibles d'influencer la circulation des filiations comme celle d'autres situations de droit privé. Dans les lignes qui vont suivre nous examinerons les raisons qui invitent à examiner la méthode de la reconnaissance (A) et nous proposerons une solution qui combine des aspects de la méthode de la reconnaissance et de l'institution de la possession d'état (B).

---

fait que les juges procédaient également au contrôle de conformité avec la loi désignée applicable par leurs règles de conflit : MAYER Pierre, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op.cit*, note, p. 551.

1058 PATAUT Etienne, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. Com. Fr. D.I.P.*, Année 2006-2008, pp. 73-97 et débats pp. 99-114 ; v. aussi MICHAELS Ralf, « EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory », *Journal of Private International Law* 2006, pp. 195-242.

1059 PATAUT Etienne, « Le renouveau de la théorie des …*op.cit.*, p. 78.

1060 PATAUT Etienne, « Le renouveau de la …,*op. cit.*, p. 72.

A. RAISONS D'EXAMEN DE LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE

Malgré la portée indirecte du droit européen sur le plan méthodologique (1) et l'apport finalement faible de la méthode de la reconnaissance à la circulation des filiations (2), il existe des arguments pratiques et de cohérence du système en faveur d'une solution inspirée de la méthode de la reconnaissance (3).

1. La portée indirecte du droit européen sur la question des méthodes

Des arguments en faveur de la méthode de la reconnaissance découlent aussi bien de l'orientation mesurée du système de la Convention européenne des droits de l'Homme (a) que de celle du système du droit de l'Union européenne vers la reconnaissance de situations de droit privé (b).

a. L'impact de la Convention européenne des droits de l'Homme

La Convention européenne des droits de l'Homme facilite la reconnaissance des situations dont l'existence est constatée dans un ordre juridique étranger en exerçant une influence sur le jeu de la règle de conflit et de l'ordre public international[1061]. L'ordre juridique d'accueil est obligé par le système de la Convention européenne de ménager une place dans son droit à cette situation notamment lorsque l'effectivité de cette dernière n'est pas remise en question. L'intervention de la Cour européenne devient d'autant plus probable chaque fois que le traitement réservé par le pays d'accueil aux situations du même type est entaché d'incohérences. Cet impact ne se reflète pas directement sur le plan des méthodes adoptées par le droit international privé au stade de la circulation de rapports familiaux[1062]. L'arrêt *Wagner* confirme que la Cour européenne

---

[1061] KINSCH Patrick, commentaire sous CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01, *Rev crit DIP* 2007, pp. 807-822, spéc. p. 815 ; par rapport à l'arrêt *Negrepontis* v. le compte rendu des séances de travail de la Vingt-et-unième réunion du GEDIP qui a eu lieu à Bruxelles du 16 au 18 septembre 2011, et plus précisément l'actualité de la Cour européenne des droits de l'homme présentée par KINSCH Patrick ; sur ces deux arrêts v.aussi SPIELMANN Dean, « La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme – un essai de synthèse », *RTDH* 2011, pp. 761-786, spéc. pp. 780-786 ; FULCHIRON Hugues, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilité des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution» in Frédéric SUDRE (sous la dir. de), Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 2002, pp. 353-386, spéc. pp. 355-356.

[1062] D'AVOUT Louis, note sous CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c Luxembourg*, req. n° 76240/01, *JDI* 2008, pp. 183-198, spéc. pp. 195-198. Ainsi, nous sommes d'accord avec M. D'AVOUT affirmant : « *que la Convention européenne ne contient pas, et ne peut du reste juridiquement receler, de règle cachée de droit international privé ou*

est « *de nature à contraindre, dans certains cas du moins, les États contractants à reconnaître des situations constituées, sans l'intervention d'une juridiction ou autre instance décisionnelle, en vertu d'une loi autre que celle désignée par les règles de conflit de lois du for* »[1063]. Ainsi, on a pu observer plus généralement que les arrêts *Wagner* et *Negrepontis* démontrent que « *la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme est susceptible d'être invoquée, dans certains cas, à l'appui de résultats que permet d'atteindre la méthode de la reconnaissance* »[1064]. Ce constat incite à repenser la place et le mode de fonctionnement de la règle de conflit ainsi que des contrôles instaurés par le droit international privé au stade de la réception de décisions ou de situations qui sont, soit constituées à l'étranger, soit efficaces selon une loi étrangère[1065]. Des considérations de nature substantielle, comme celle relative à la protection de la vie familiale sont à l'origine de cette influence. Ces considérations seront satisfaites si la règle de conflit –chaque fois qu'elle intervient comme condition pour la circulation d'une situation– conduit à un droit permettant la reconnaissance de la situation ou lorsque la loi désignée applicable –qui exclut cette reconnaissance– est écartée en raison d'une contrariété à l'ordre public international.

Toutefois, en présence d'une règle de conflit rigide désignant un droit ne reconnaissant pas ledit lien familial, l'article 8 de la Convention européenne peut conduire à l'éviction de son application ou plus généralement à l'éviction de la solution apportée par le système de droit international privé. Ceci se produira si le droit international privé du for conduit au refus de la reconnaissance d'une filiation valablement constituée à l'étranger exclusivement en raison d'une application rigide de la règle de conflit sans que ce refus puisse reposer sur un objectif légitime et proportionné par rapport à l'atteinte infligée au droit à la vie privée et familiale. Cependant, si le droit interne permet la reconstruction de la situation familiale en cause conformément aux règles du pays de réception, le refus de la reconnaissance ne sera pas sanctionné.

Du reste, une règle de conflit souple peut normalement conduire à l'application d'un droit favorisant la reconnaissance d'une situation constituée à l'étranger et par

---

autre droit de l'homme à la continuité internationale du traitement des situations juridiques ». En ce sens aussi KINSCH Patrick, commentaire sous CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c Luxembourg*, req. n° 76240/01, *Rev crit DIP* 2007, pp. 807-822, spéc. p. 815, 819 ; KINSCH Patrick, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.43-55, spéc. 43-44.

1063 KINSCH Patrick, commentaire sous CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c Luxembourg*, req. n° 76240/01, *Rev crit DIP* 2007, pp. 807-822, spéc. p. 815

1064 KINSCH Patrick, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.43-55, spéc. p. 44, n° 2.

1065 D'AVOUT Louis, note sous CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c Luxembourg*, req. n° 76240/01, *JDI* 2008, pp. 183-198, spéc. pp. 196-197.

conséquent à la protection du droit découlant de cette situation. La souplesse dans la structure et parfois la mise en œuvre de la règle de conflit permettent une interprétation conforme à la Convention européenne de sorte qu'il sera possible d'éviter sa violation. Il s'ensuit que les solutions du droit international privé permettent, chaque fois qu'elles sont conçues de manière flexible, une adaptation plus aisée aux besoins de la protection des droits fondamentaux si bien qu'il serait erroné de soutenir que le système de la Convention européenne oblige les États à adopter telle ou telle méthode au stade de la circulation de situations privées internationales.

De surcroît, une telle conclusion ne pourrait pas être soutenue dans le domaine de cette étude parce que la jurisprudence de la Cour européenne ne révèle pas une éviction systématique des règles de conflit en matière de filiation. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de gestation pour autrui confirment cette position. Que ce soit dans les arrêts *Labassée* et *Mennesson*, *Foulon et Bouvet*, ou *Paradiso et Campanelli*, l'intervention du droit européen n'a jamais visé à mettre à l'écart les rattachements existants. Même dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli* c. *Italie*[1066] à l'occasion duquel la règle de conflit italienne en matière de filiation a été explicitement invoquée à l'appui de la solution des juges italiens[1067], la Cour européenne ne l'a pas remise en cause en tant qu'elle conduit à l'application du droit italien[1068]. Ce phénomène s'explique par le fait que dans presque toutes les affaires en matière d'assistance médicale à la procréation l'obstacle à la reconnaissance et à la circulation des filiations créées a été celui de l'ordre public du juge requis. Partant, la Convention européenne ne conduit pas à l'abandon de la règle de conflit en tant que méthode du droit international privé en faveur d'une méthode spécifique[1069]. Il n'est pas possible non plus de systématiser les cas

---

1066 CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli* c *Italie*, req. n° 25358/12.

1067 § 72.

1068 La Cour affirme ainsi que : *«… la Cour estime que l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire.* »

1069 MARZAL YETANO Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2014, p. 206, n° 548 et p. 213, n° 562 ; KINSCH Patrick, « Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law », *op.cit.*, *supra* note…,p. 266 ; KINSCH Patrick, commentaire sous CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c Luxembourg*, req. n° 76240/01, *Rev crit DIP* 2007, pp. 807-822, spéc. pp. 815,817, 819-821 ; KINSCH Patrick, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.43-55, spéc. pp. 43-44, spéc. 44-45 ; MUIR WATT Horatia, « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.85-95, spéc. p. 94 : « *La façon la plus exacte d'analyser l'impact des droits de l'homme sur le droit international privé …est sans doute de comprendre les* [droits de l'Homme]*, …comme un « irritant juridique »* [du droit international privé]. *Il ne s'agit donc pas exactement d'un processus de remplacement d'une méthode par une autre… Plutôt, on observe ici l'avènement d'une rationalité différente qui traverse le*

jurisprudentiels comme une manifestation explicite d'une méthode de reconnaissance. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme ne peuvent pas, à elles seules, servir d'argument en faveur de l'adoption de la méthode de la reconnaissance, du moins dans sa version rejetant la règle de conflit au stade de la circulation des situations. En conséquence, la consécration de cette méthode ou d'une variante de celle-ci dépend d'une décision prise au niveau législatif.

En outre, l'influence de cette source sur la circulation des relations de filiation dépend des circonstances et des particularités de l'ingérence dans le droit protégé[1070]. Ainsi, une affirmation de violation de la Convention et l'éviction de la solution nationale du droit international privé s'observe chaque fois que l'ordre juridique de réception à l'origine de la solution ne suit pas de manière cohérente sa politique par rapport au problème en cause. Une incohérence se manifeste chaque fois qu'un ordre juridique prévoit la possibilité de faire établir un lien de filiation similaire ou reconnaît des effets à des situations familiales similaires à celles consacrées dans le pays étranger tout en refusant en même temps la reconnaissance d'un lien consacré dans un autre ordre juridique[1071].

L'influence de la Convention européenne sur les conditions d'intervention des règles de conflit et de l'exception d'ordre public international incite –même si elle n'implique pas nécessairement un changement obligatoire de méthodes– à une reconsidération du système de circulation de situations dans son ensemble.

Une conclusion similaire est corroborée par l'examen de l'impact du droit de l'Union européenne.

---

champ occupé par la méthodologie ancienne, sans s'y arrêter particulièrement, tout en provoquant des effets de perturbation et de réajustement.».

[1070] D'AVOUT Louis, note sous CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c Luxembourg*, req. n° 76240/01, *JDI* 2008, pp. 183-198, spéc. p. 188.

[1071] Comme dans l'affaire Wagner où une pratique de reconnaissance des adoptions similaires à celle des requérantes existait pour une longue période au Luxembourg. La question du traitement d'une filiation valablement établie à l'étranger, à la suite d'une gestation pour autrui, se pose aussi en Angleterre mais dans d'autres termes.V. par exemple l'affaire *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] 1 FLR ; THEIS Lucy, GAMBLE Natalie, GHEVAERT Louisa, « *Re X and Y (Foreign Surrogacy) :* 'A Trek Through a Thorn Forest' », *Fam Law* 2009, pp. 239-243. En Angleterre, la question n'est pas celle de reconnaître un lien juridique comme celui-ci est créé à l'étranger. Les couples tentent d'obtenir une décision par les juridictions anglaises leur attribuant la parenté, un *parental order*. Évidemment la création à l'étranger d'une situation, celle de la naissance suivie par la reconnaissance du lien juridique de filiation ne peut que jouer un rôle à l'attribution du *parental order*. Dans l'hypothèse d'une réponse négative une violation de l'article 8 CEDH pourrait être affirmée. Cependant, l'utilisation d'une autre voie judiciaire – pour faire reconnaître ce lien familial– ne sera pas sanctionnée comme violation de la Convention européenne des droits de l'homme parce que les moyens empruntés par l'ordre juridique de réception conduisent à une protection satisfaisante du lien familial.

b. L'impact du droit de l'Union européenne

Les arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin Paul* marquent une étape dans la facilitation de la circulation des situations juridiques privées en allégeant à ce stade la rigueur de la règle de conflit en tant que condition de reconnaissance et renforcent l'intérêt de la problématique relative à l'impact du droit de l'Union européenne sur les méthodes du droit international privé. Il n'est pour autant pas possible de parler de consécration de la méthode de reconnaissance. Mise à part la difficulté existante en doctrine à discerner une seule méthode de reconnaissance[1072] les caractères de cette jurisprudence et leur incidence sur la circulation des rapports familiaux expliquent cette réticence.

L'arrêt *Garcia Avello* était invoqué pour montrer la place croissante de la méthode de la reconnaissance en ce qu'elle aboutissait à l'éviction de la solution de la règle de conflit désignant comme applicable la loi belge. Néanmoins, l'intervention de la Cour de justice dans cet arrêt ne permet pas pour diverses raisons de parler de consécration de cette méthode en matière du statut personnel.

Tout d'abord, parce que le réel obstacle à l'exercice des libertés dans *Garcia Avello* ne résultait pas uniquement de la règle de conflit. Le problème tenait également au fait que le droit matériel belge, tout en acceptant la possibilité de changement de nom, ne l'acceptait que dans des cas bien précis et limités. Ceci étant, la suppression de la règle de conflit comme condition pour la circulation des certaines situations n'était pas le seul moyen afin de remédier aux discontinuités dans les rapports personnels et d'éviter la violation du droit de l'Union. Une interprétation souple du droit matériel belge aurait en l'espèce permis la reconnaissance du nom constitué selon le droit espagnol. La souplesse aurait pu également fonctionner sur le plan des conflits de lois, puisqu'il aurait suffi au juge belge de faire primer la nationalité espagnole sur la base d'un raisonnement fonctionnel du conflit de nationalités. Raisonner ainsi aurait permis d'échapper la censure de la Cour de justice. Une règle de conflit permettant aux personnes intéressées de choisir entre les lois des pays avec qui elles ont un lien étroit, aurait également épargné l'impasse dans des affaires similaires. Il ressort que la rigidité, soit dans l'application du droit substantiel du for, soit dans la mise en œuvre de la règle de conflit peut, dans

[1072] La conception parlant des méthodes de reconnaissance semble prévaler en doctrine. V. en particulier KOHLER Christian, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in LAGARDE Paul (sous la dir. de*), La reconnaissance des situations en droit international privé*, Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp. 67-79, spéc. p. 76, n° 15, note 25 ; v. aussi les débats pp. 81-83, spéc. p. 81 ; MAYER Pierre, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, p. 549 ; v. sur le caractère équivoque de la réconnaissance D'AVOUT Louis, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Trav. com. fr. DIP*, 2014-2016, nos 11-12 (à paraître).

certaines circonstances, conduire à un résultat considéré comme un obstacle à l'exercice de la liberté de circulation et partant à la violation du droit de l'Union européenne. La Cour de justice n'intervient que pour éviter un résultat concret. En outre, comme l'arrêt *Grunkin Paul* le montre, l'entrave à l'exercice de la liberté de circulation n'est pas inexorablement liée à la règle de conflit.

Cet arrêt, interprété comme un indice en faveur de la méthode de la reconnaissance, conduit à l'éviction de la solution désignée par la règle de conflit du for afin de favoriser la reconnaissance du nom valablement acquis selon la législation d'un autre État membre. La décision ne signale pas un bouleversement de la méthodologie du droit international privé. Cela transparaît de l'observation des juges, selon laquelle : « *il importe peu à cet égard de savoir si la diversité des noms patronymiques est la conséquence de la double nationalité des intéressés ou de la circonstance que, dans l'État de naissance et de résidence, la détermination du nom est rattachée à la résidence, tandis que, dans l'État dont ces derniers possèdent la nationalité, cette détermination est rattachée à la nationalité* »[1073]. Cette dernière précision expliquant que le problème réel tient à la diversité des noms en l'espèce, et non à la voie empruntée pour aboutir à celle-ci, démontre que les juges ne portent aucun jugement de valeur sur la méthodologie de la règle de conflit. L'utilisation de termes généraux dans le dispositif indique aussi que la solution retenue n'implique pas de conséquences directes sur les méthodes du droit international privé : « …*l'article 18 s'oppose, ….à ce que les autorités d'un État membre, en appliquant le droit national, refusent de reconnaître le nom patronymique*… ». Par conséquent, l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice sur le plan de la méthode reste modérée parce que le contrôle exercé est toujours un contrôle concret.

Selon une autre critique formulée par M. D'AVOUT, cette décision est déstabilisante du point de vue du droit international privé et de la méthodologie du droit international privé parce qu'elle risque de mettre systématiquement en question le choix de la loi de la nationalité en tant qu'élément de rattachement[1074]. Selon le même auteur la soumission des règles de conflit au contrôle systématique du droit de l'Union européenne aboutirait à une casuistique source d'incertitude quant au droit applicable, sauf au droit international privé de s'adapter en désignant la loi de la résidence habituelle comme loi régissant les questions relevant du statut personnel[1075]. Affirmer un tel risque de déstabilisation est exagéré dans l'état actuel du droit de l'Union européenne. La décision influe sur le résultat auquel amène l'application de la règle de conflit, sans toutefois

[1073] § 24 de l'arrêt.
[1074] D'AVOUT, note sous CJCE, *Grunkin et Paul*, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 215.
[1075] D'AVOUT, note sous CJCE, *Grunkin et Paul*, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 215.

conduire à son abandon. Ceci est affirmé par le fait que l'adaptation des législations nationales à la suite de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de nom n'a pas affecté le droit international privé. L'Allemagne et les Pays-Bas ont modifié leur droit substantiel en matière de nom permettant de la sorte la modification du nom de famille dans des conditions plus larges[1076]. Ces choix étaient interprétés comme résultant de l'incertitude relative à la portée de la jurisprudence de la Cour de justice[1077].

Par ailleurs, déduire de cette jurisprudence que le droit de l'Union européenne oblige à la suppression de la règle de conflit nécessiterait d'affirmer abstraitement qu'une règle de conflit ne peut pas promouvoir des raisons d'intérêt public reconnues comme telles par le droit de l'Union européenne. Cela n'est pas possible. L'influence du droit de l'Union européenne sur le plan de la méthode reste modérée.

La jurisprudence de la Cour de justice facilite la circulation de situations juridiques en ce qu'elle contrôle les justifications avancées par les juridictions nationales à l'appui d'un refus de reconnaissance mais elle ne permet pas de soutenir que la méthode de la reconnaissance est de droit positif[1078]. Les arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin Paul* n'imposent pas de suivre une méthode plutôt qu'une autre et n'obligent pas non plus à une systématisation précise du contrôle de décisions et de situations familiales consacrées extrajudiciairement. Ces arrêts peuvent, toutefois, être considérés comme une expression de faveur pour les méthodes de la reconnaissance, mais dans les limites des circonstances dans lesquelles elles ont été prononcées. Leurs solutions signalent une influence sur le fonctionnement des règles de conflit qui pourrait justifier le recours à une méthodologie inspirée des droits acquis[1079].

En ce sens, on observe que le système du droit de l'Union européenne permet de rétablir une des conditions d'efficacité de la théorie des droits acquis, à savoir celle de

---

[1076] KOHLER Christian, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in LAGARDE Paul (sous la dir. de*), La reconnaissance des situations en droit international privé*, Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.67-79, spéc. pp. 73-75, n°8-12 ; SAARLOOS Kees Jan*, European private international law on legal parentage ? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage,* Maastricht University, July 2010, pp. 299-300.

[1077] KOHLER Christian, « La reconnaissance de situations…, *op.cit.*, p. 68, n°2 ; SAARLOOS Kees Jan*, European private international law on legal parentage? Thoughts on a...*, *op.cit.*, p. 299.

[1078] Cette tendance jurisprudentielle a été interprétée comme une transposition du concept de la confiance mutuelle en droit international privé : FALLON Marc, « Constraints of Internal Market Law on Family Law », in Johan MEEUSEN, Marta PERTEGÁS, Gert STRAETMANS, Frederik SWENNEN (sous la dir. de), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, pp. 149-181, spéc. p. 163.

[1079] PATAUT Etienne, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *op. cit.*, pp. 82-85 ; Rappr. FALLON Marc, « Constraints of Internal Market Law on Family Law », in Johan MEEUSEN, Marta PERTEGÁS, Gert STRAETMANS, Frederik SWENNEN (sous la dir. de), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, pp. 149-181, spéc. p. 163.

l'existence d'une communauté de droit[1080]. Cette communauté de droit peut être identifiée dans le domaine des libertés communautaires. Le fait que l'exercice d'une liberté consacrée par le droit de l'Union européenne puisse requérir la reconnaissance du statut personnel conduit à évincer l'application de toute législation nationale qui ne la garantirait pas, et ce, y compris si la disposition nationale en cause est une règle de conflit. Le droit de l'Union européenne infiltre le droit international privé en favorisant la reconnaissance d'un statut, constitué dans un pays étranger.

Il ressort des éléments qui précèdent que le droit de l'Union européenne offre des arguments supplémentaires en faveur de l'extension de la méthode des droits acquis[1081]en nous invitant à s'interroger sur l'utilité d'une règle de conflit rigide et sur le degré d'utilisation nécessaire de la méthode de règles de conflits de lois sur le plan de la réception des rapports familiaux dans un contexte intracommunautaire. La jurisprudence de l'Union européenne démontre plus précisément et de manière caractéristique que «… *la règle de conflit de lois à rattachement unique est progressivement délaissée*… »[1082].

Il serait plus difficile de dégager une conclusion similaire quant à l'influence exercée sur le jeu de la règle de conflit dans le domaine des liens de filiation et notamment de ceux qui résultent d'une assistance médicale à la procréation. L'examen de la jurisprudence citée ci-dessus et la tentative d'interprétation du droit de l'Union européenne démontrent que l'emprise du système de droit de l'Union européen sur les questions sensibles du droit de la famille est actuellement limitée. Il ressort de notre étude que, la plupart du temps le refus de la reconnaissance d'une filiation homoparentale ou d'une filiation *post mortem* ou d'une filiation issue d'une gestation pour autrui reposera sur une justification d'ordre public. La constatation donc d'une entrave en raison du refus de reconnaissance de lien de filiation ne pouvant pas passer le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour de justice sera plus ardue. Il n'est pas possible non plus d'identifier dans le droit de l'Union européenne des arguments en faveur des méthodes dites de reconnaissance dans ce domaine pour une raison liée aux caractères des affaires liées à la circulation de liens de filiation que nous examinerons par la suite[1083].

Pourtant, il est possible d'affirmer que le droit de l'Union promeut la reconnaissance de liens de filiation et la continuité des rapports personnels, non pas

---

1080 PATAUT Etienne, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *op. cit.*, p. 71.
1081 PATAUT Etienne, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *op. cit.*, pp. 84-85.
1082 ROMANO Gian Paolo, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), La reconnaissance des situations en droit international privé, Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp. 185-216, spéc. p. 207, n° 29.
1083 LAGARDE Paul, « La reconnaissance mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 481-501, spéc. pp. 488-490.

nécessairement en promouvant l'une (suppression de la règle de conflit) ou l'autre (adoption de règle de conflit désignant alternativement comme applicable le droit des pays impliqués) variante de la méthode de la reconnaissance, mais en mettant en question les solutions nationales qui refusent la reconnaissance d'un statut personnel valablement acquis selon le droit d'un pays membre de l'Union européenne. Mme MUIR WATT écrit, dans un autre contexte, que : « *Tout au plus le contrôle de proportionnalité incitera les États à l'autocensure tant en ce qui concerne le domaine dans l'espace de la loi de police que relativement aux moyens employés pour réaliser le but d'intérêt général* »[1084]. Ainsi, le droit de l'Union européenne a, indépendamment de son incidence sur le jeu de la règle de conflit, un effet direct sur la circulation des rapports de filiation même de ceux qui sont le plus controversés.

Examinons maintenant pourquoi les caractères des affaires de circulation de filiations rendent moins évidente l'apport des méthodes de la reconnaissance.

2. L'apport faible de la méthode de la reconnaissance en raison des caractères des affaires liées à la circulation

Des considérations pratiques pourraient inciter le législateur à supprimer ou à assouplir les conditions de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois au stade de la circulation de situations dans le cas où le refus de reconnaissance d'une filiation aboutirait systématiquement à une violation du droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'Homme. Si une telle hypothèse était vérifiée le maintien de la règle de conflit alourdirait sans raison apparente le système national de reconnaissance de situations. Toutefois, le refus de reconnaissance de liens de filiation créés par assistance médicale à la procréation repose dans la majorité des cas directement sur l'exception d'ordre public et sur des considérations de fond.

L'application ou la prise en considération des règles de conflit n'a le plus souvent pas lieu lors des démarches de transcription des actes de naissance ou, plus généralement, lors de la circulation de liens de filiation. Cette observation s'ajoute à celle de l'absence d'intervention de la règle de conflit au moment où un couple ou une personne tentent d'avoir accès au processus de la gestation pour autrui ou de procréation médicalement assistée dans un pays étranger[1085]. Les problèmes de circulation de liens de filiation se présentent le plus souvent comme des problèmes de transcription des actes d'état civil[1086]. Les données existantes témoignent donc que la règle de conflit n'intervient

---

1084 MUIR WATT Horatia, « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres », in *Droit et Actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, LexisNexis/Litec, Paris, 2005, pp. 545-565, spéc. p. 564.

1085 V. la première partie, dans laquelle est examinée la jurisprudence grecque relative à l'accès à l'assistance médicale à la procréation.

1086 L'admission de la transcription, bien qu'il ne conduise pas à la reconnaissance explicite du lien de filiation, permet aux personnes indiquées comme parents dans l'acte d'état civil de se prévaloir pleinement de leur lien de filiation. Ainsi, les ordres juridiques de réception permettent souvent tacitement et parfois

quasiment jamais lorsque les parents traversent les frontières d'un pays et tentent de se prévaloir de leur lien de filiation dans un autre. La majorité des problèmes soulevés sur le plan de circulation de liens de filiation ne sont pas liés à l'utilisation d'une règle de conflit aussi pour la raison suivante.

Il ressort de l'étude aussi bien des règles de conflit nationales en matière de filiation que de la structure et l'interprétation jurisprudentielle des règles de conflit en la matière adoptées par un grand nombre des pays européens que les règles de conflit en matière de filiation ne peuvent pas être à l'origine des obstacles à la reconnaissance et la circulation de liens de filiation[1087]. L'étude révèle, soit des règles de conflit souples, soit des règles de conflit prévoyant des correctifs multiples permettant d'évincer la loi applicable chaque fois que celle-ci empêche la reconnaissance de la filiation en cause. La souplesse qui caractérise les règles de conflit de plusieurs systèmes de droit international privé est telle qu'elle permet dans la plupart des cas une lecture du système de droit international privé favorisant la reconnaissance de la filiation.

De plus, les considérations puisées dans la Convention européenne des droits de l'Homme et dans le droit de l'Union européenne permettent aussi de fonder le recours à l'ordre public international dans le but d'écarter une loi étrangère désignée applicable par la règle de conflit du juge requis[1088] dans l'hypothèse où une loi étrangère ne permet pas la reconnaissance du lien de filiation.

Plus encore, la règle de conflit avait en réalité constitué dans bon nombre de cas un argument en faveur de la reconnaissance des liens de filiation valablement établis à l'étranger. Il était ainsi dans l'affaire *Mennesson* et dans l'affaire amenée devant les autorités grecques impliquant le recours d'un couple d'hommes à une gestation pour autrui[1089]. Dans les deux affaires, la règle de conflit avait été invoquée pour soutenir qu'un autre ordre juridique était compétent en réalité pour déterminer la validité du lien de filiation. D'un côté, le couple *Mennesson* avait invoqué l'article 311-14 du Code civil français désignant applicable le droit californien à l'appui de leurs positions. De l'autre côté, le Médiateur grec avait invoqué l'article 20 du Code civil grec désignant applicable le droit australien, selon lequel les liens de filiation devraient être reconnus.

---

explicitement que des situations valablement constituées à l'étranger développent des effets dans leur ressort. La France, en particulier, a compté un certain nombre de cas de gestation pour autrui ayant conduit à la transcription des actes de naissance sans que les autorités aient pu s'apercevoir du processus emprunté. V. PERREAU-SAUSINE Louis, SAUVAGE Nicolas, « France », in TRIMMINGS K., *op.cit.* , spéc. p. 119.

1087 V. nos développements aux chapitres 3, 4 et 5.

1088 MARCHADIER Fabien, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 609 et s, n° 484 et s.

1089 V. *supra*, chapitre 5, section 2, §1A..1, pp. 373 et *seq.*

En outre, même dans des ordres juridiques comme celui du Royaume-Uni, qui favorisent l'application du droit du for pour la résolution du problème de filiation des enfants nés par assistance médicale à la procréation les juges arrivent à faire preuve de souplesse lorsqu'une application rigide du droit interne aboutirait à priver les enfants d'un lien parental. Cette dernière observation indique que le refus de reconnaissance d'un lien créé dans un pays étranger est moins le résultat de la méthode qu'un ordre juridique adopte au stade de la circulation des liens de filiation que d'une différence de conceptions quant aux structures fondamentales de la société[1090].

Un problème donc dû au fonctionnement de la règle de conflit ne surgira que rarement, uniquement en présence d'une règle de conflit rigide et surtout lorsque celle-ci aboutit à l'application de la loi du for parce que c'est dans ce dernier cas qu'il sera impossible d'en écarter l'application pour contrariété à l'ordre public international.

Il s'ensuit que la règle de conflit ne constitue finalement qu'un instrument au service du droit international privé pouvant promouvoir ou obstruer la reconnaissance de situations et de rapports de droit en fonction de l'utilisation qui lui est réservée. Il ressort des observations qui précèdent qu'une suppression de la règle de conflit ne faciliterait pas de manière significative la circulation des rapports de droit.

3. Arguments en faveur de la méthode de la reconnaissance

Nous avons constaté que le refus de reconnaissance de liens de filiation repose le plus souvent directement sur le mécanisme de l'ordre public et sur des considérations substantielles propres à chaque ordre juridique. Cette constatation donne un argument indirect en faveur de la suppression ou de l'assouplissement de la règle de conflit au stade de la circulation des situations, indépendamment de l'influence du droit de l'Union européenne. Cet argument est lié au fait que l'abolition ou l'assouplissement de la règle de conflit en matière de filiation ne rendrait pas le système de contrôle des situations moins strict ou moins exigeant parce que l'obstacle principal à la reconnaissance continuerait à être celui de l'ordre public.

Par ailleurs, la méthode de la reconnaissance était déjà envisagée en tant que solution relative aux problèmes de statut personnel dans le livre vert intitulé «*Moins de*

[1090] Dans l'exemple puisé de la pratique jurisprudentielle anglaise les juges ont interprété assez largement la notion du montant raisonnable pour accorder le *parental order* aux parents ayant eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger afin de ne pas priver les parents d'intention du lien de filiation. Ainsi, l'acceptation du principe du procédé de la gestation pour autrui combiné à la considération relative à l'intérêt de l'enfant a conduit, en l'espèce, les juges à adopter une interprétation de la loi anglaise assez large.

démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil »[1091]. Il était avancé en faveur de cette solution dans le Livre vert, la sécurité juridique qu'elle peut apporter ou encore la permanence du statut personnel et le respect des atteintes légitimes des citoyens européens exerçant leur droit à la libre circulation au sein de l'Union européenne[1092]. Une partie de la doctrine partage aussi cet avis que l'adoption du principe de la reconnaissance garantirait la stabilité et la continuité du statut personnel et par conséquent, s'il était adopté au sein de l'Union européenne, la libre circulation des citoyens européens[1093].

De surcroît, nous constaterons plus en détail ultérieurement[1094] que des décisions relatives aux effets de la filiation qui résolvent à titre préalable des questions de statut personnel, circulent déjà au sein de l'Union européenne de manière automatique ou de manière considérablement facilitée[1095]. Cela vaut également pour des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation. De plus, nous constatons que ces décisions vont parfois circuler même si cette circulation soulève des problèmes de contrariété avec l'ordre public de réception[1096]. Il est donc logique de penser que si la circulation de situations et en particulier des liens de filiation et de leurs effets est possible dans un espace donné même lorsque ces liens peuvent être considérés contraires à l'ordre public du pays de réception, l'assouplissement de la rigidité dans la structure ou le fonctionnement de la règle de conflit est envisageable.

L'adoption de la méthode de la reconnaissance ou d'une approche alternative inspirée d'une conception renouvelée de la méthode des droits acquis peut paraître plus pertinente en général –en dehors du contexte de l'assistance médicale à la procréation– pour les questions de filiations établies dans un pays étranger et ayant fait l'objet d'une simple inscription sur un acte d'état civil. En faveur d'une telle approche sur le plan de la méthode peut aussi être invoqué le caractère relatif de toute désignation de droit applicable en matière de filiation[1097].

Le droit de l'Union européen fournit des arguments d'une autre nature en faveur de solutions facilitant la reconnaissance des situations. La création d'un espace de liberté

1091 COM(2010) 747 final.
1092 Livre vert «*Moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil* », COM(2010) 747 final, p. 14.
1093 CORNELOUP Sabine, *op.cit.*, p. 215.
1094 V. chapitres 7 et 8.
1095 CORNELOUP Sabine, *op.cit.*, p. 209 ; v. aussi nos développements dans les chapitres 7 et 8.
1096 CORNELOUP Sabine, *op.cit.*, p. 213-214.
1097 Sur cet argument v. KINSCH Patrick, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.43-55, spéc. p. 46, n° 3 ; Sur le caractère relatif de la solution des conflits de lois en matière de filiation v. chapitre 3, section 2, pp. 184 et *seq.*

de circulation est un premier argument en ce sens. Un tel espace reste incomplet si une situation créée dans un pays membre ne peut pas être reconnue et circuler librement. Et même si cet espace n'est pas celui d'une fédération aussi achevée que celle, par exemple, des États-Unis, l'incertitude relative à la possibilité de circulation du statut personnel au sein de cet espace est une situation dont personne ne peut se réjouir. Une telle incertitude est liée en partie au fait que les termes de fonctionnement de la règle de conflit ne sont pas suffisamment clairs. Particulièrement, il existe encore une hésitation sur la question de savoir si la règle de conflit est une règle de conduite ou une règle adressée aux juges[1098].

Une autre raison pratique en faveur de la méthode de la reconnaissance est liée au fait que son adoption permettrait de résoudre le problème du champ d'application des règlements communautaires et celui de la question préalable[1099]. Cette position est partagée par une partie de la doctrine au motif qu'une telle méthode priverait en partie de son sens la discussion sur l'opportunité de choisir entre les règles de conflit du for ou de la *lex causae*[1100]. Il faut aussi relever qu'une solution dans la logique de la méthode de la reconnaissance assurerait en même temps l'harmonie interne des solutions de la *lex fori*[1101] et l'harmonie internationale puisque la relation reconnue ne variera pas selon la loi applicable à la question principale. Plus encore, il existe de circonstances dans lesquelles la résolution de la question préalable de la filiation peut être déterminante pour le contentieux relatif à la responsabilité parentale. Ainsi la méthode peut avoir un impact dans le cadre du traitement des effets de la filiation telle la responsabilité parentale.

L'utilité de cette méthode sera particulièrement ressentie lorsque la règle de conflit en matière de filiation est conçue de manière rigide, c'est-à-dire sans possibilité d'apporter des exceptions au jeu de désignation d'une loi déterminée. Il convient d'examiner ses modalités et la place qui revient à une solution inspirée de la méthode de la reconnaissance.

[1098] En ce sens Tito BALLARINO, observations suite à la communication de Gian Paolo ROMANO à l'Institut Suisse de Droit comparé au sujet : La sécurité juridique et la prévisibilité du droit, Lausanne 13 mars 2008. Selon Monsieur BALLARINO « le droit international privé est une justice des cas concrets ».

[1099] V. en ce sens CORNELOUP Sabine, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Trav.com.fr.dip* 2011-2012, pp. 189-222 et débats pp. 223-228, spéc. p. 215 et MUIR WATT Horatia dans les débats pp. 224-225.

[1100] CORNELOUP Sabine, *op.cit.*, p. 210 ; SANA CHAILLÉ DE NÉRÉ Sandrine, « La question préalable », …

[1101] CORNELOUP Sabine, *op.cit.*, p. 215.

B. UNE MÉTHODE À MI-CHÉMIN ENTRE RECONNAISSANCE ET POSSESSION D'ÉTAT

La discussion autour de la méthode de la reconnaissance, parfois qualifié de principe de reconnaissance, a conduit à plusieurs approches différentes. L'une consiste à présumer la validité d'une situation créée au sein d'un ordre juridique. Une autre conçoit l'intervention du mécanisme non en tant que principe mais en tant qu'exception[1102] . Selon cette dernière conception le mécanisme de la reconnaissance n'intervient que subsidiairement dans l'objectif de garantir la validité de la situation et uniquement dans le cas où la situation a été constituée dans l'état de la nationalité du citoyen européen[1103]. Toutefois, la discussion sur cette méthode montre qu'une approche fondée sur le principe de reconnaissance ne doit pas nécessairement reposer sur l'idée de la suppression de la règle de conflit. La solution que nous suggérerons ci-après est celle d'une règle matérielle de droit international privé qui repose sur présomption de validité de la situation[1104]. Cette proposition permettra d'alléger les difficultés de circulation des liens de filiation, qu'elles soient issus d'une assistance médicale à la procréation ou non. La solution est justifiée en particulier chaque fois que la cristallisation d'une situation s'affirme sans difficulté (1) et conduit à un système inspiré de la possession d'état (2).

1. La cristallisation aisée de la filiation

En doctrine, une des conditions nécessaires à l'intervention de la méthode de la reconnaissance est celle de l'existence d'un lien de la situation juridique avec l'État dans lequel la situation a été cristallisée[1105]. La condition du lien avec l'ordre juridique ne peut qu'être souplement interprétée afin de ne pas aboutir à une réintroduction de la règle de conflit à ce stade. Cela étant, venons-en à examiner comment pourrait fonctionner la condition de cristallisation en matière de liens de filiation créés à la suite d'une assistance médicale à la procréation. Les liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation donnent naissance à des situations dont la cristallisation[1106] se constate de

[1102] CORNELOUP Sabine, *op.cit.*, p. 210.
[1103] BARATTA Roberto, « Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC », *IPRax* 2007, p. 4 ; CORNELOUP Sabine, *op.cit.*, p. 222, n° 81. RAPPR MAYER, *Mélanges LAGARDE*]
[1104] Sur cette idée de présomption de validité v. PATAUT Etienne, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *op. cit.*, p. 80.
[1105] CORNELOUP Sabine, *op.cit.*, p. 211.
[1106] La notion de cristallisation est proposée par Pierre MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 547-573, spéc. pp. 562-563.

manière beaucoup plus tangible que celle d'autres situations. Dans les cas d'accès à une assistance à la procréation, la détermination de l'ordre juridique dans lequel des personnes ont eu recours à une technique sera en soi une première donnée importante pour se prononcer sur la question de l'existence ou de l'absence de la filiation. La raison en est que ces techniques suivent des modalités bien précises et l'intention des participants joue le rôle primordial à la construction de la filiation. Par conséquent, le risque que le lien de filiation relaté dans un acte de naissance ne soit pas valable selon le droit du pays où l'acte était établi est moindre que dans d'autres liens de filiation. Plus encore, dans ces cas de projet parental médicalisé, les données nécessaires pour la construction du lien de la filiation sont connues dès le début. Il est ainsi du lien génétique avec l'enfant qui sera né, de l'intention des participants pour la construction d'un lien de filiation, des liens (mariage, union libre) entre les personnes ayant formulé le projet parental. Cela étant, la mise en œuvre du procédé, l'intervention du corps médical et l'acte de naissance établi font que la cristallisation du lien de filiation sera dans la majorité des cas facile à constater. Enfin, l'intention de devenir parent, généralement exprimée dans une forme écrite et la mise en œuvre réussie du procédé conduisent en principe à la création d'un lien de filiation juridique qui sera, dans la majorité des cas, inattaquable.

Partant, lorsque la question d'un lien de filiation se pose devant une juridiction ou une autorité, soit comme question principale, soit comme question incidente, l'existence d'un acte d'état civil mentionnant les personnes en cause, combinée avec l'une des circonstances décrites ci-dessus, permettra aisément de constater la cristallisation du lien de filiation. La reconnaissance du lien de filiation nécessitera néanmoins de passer le test de compatibilité avec l'ordre public international.

2. Une solution de reconnaissance reposant sur un mécanisme de possession d'état

L'établissement d'un acte d'état civil n'apporte pas de réponse à la question de l'existence du lien de filiation. Il a déjà été expliqué que l'acte de naissance n'a pas de valeur décisionnelle pour ce qui concerne la filiation relaté dans celui-ci[1107]. Ainsi, selon une critique formulée à l'encontre de la méthode de la reconnaissance, il n'est pas possible de se prononcer sur la reconnaissance d'un lien de filiation sans avoir déterminé l'ordre

[1107] V. chapitre 5, section 1.

juridique compétent ou plus généralement les règles qui régissent la question de son existence[1108]. Cette critique est pertinente dans la mesure où il serait incohérent d'apporter à un document public plus de valeur que celle qui lui est reconnu dans le pays où il a été établi. La critique doit toutefois être relativisée.

En ce sens, il faut tout d'abord observer que tous les jugements n'ont pas de valeur décisionnelle. Et néanmoins les juges ne procèdent pas à un contrôle systématique de la valeur décisionnelle des jugements étrangers chaque fois qu'ils leur appliquent la méthode de la reconnaissance. La critique doit, également, être relativisée parce que faire intervenir une méthode de reconnaissance ne conduit pas nécessairement à exclure la contestation du lien de filiation. Celle-ci est envisageable si –comme on l'a proposé en doctrine[1109]– on ne reconnait pas mais on présume que la situation relatée dans un document public ou plus précisément dans un acte de naissance existe. En établissant une présomption, il ne serait pas nécessaire d'exclure la contestation de ce lien de filiation. Présumer la validité de la reconnaissance en matière d'actes de naissance est d'ailleurs la règle pour les couples de ressortissants étrangers ayant leur résidence habituelle ou leur domicile en France. Leurs actes de naissance ne sont pas soumis à quelconque procédure de transcription. Ensuite, selon la proposition formulée dans ce contexte, la contestation ou l'interrogation relative à l'existence du lien de filiation est admise mais elle devrait être limitée dans le cas où le lien de filiation relaté dans le document public correspond à une vie familiale effective.

La contestation ou l'interrogation relative à l'existence du lien de filiation peut être appréciée, soit selon la loi du for, soit selon la loi désignée par la règle de conflit du for[1110]. Le procédé de reconnaissance que nous préconisons intervient toutefois et rend plus difficile la réussite d'une remise en cause du lien de filiation qui reposerait sur une désignation exclusive conformément à une règle de conflit peu convaincante. Cette limitation est nécessaire dans le cas où le lien de filiation créé est non seulement relaté dans un acte d'état civil mais correspond également à une situation familiale effective. Le fondement de notre proposition réside dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette disposition, même si elle n'oblige pas à la reconnaissance du lien tel qu'il est créé, oblige à la protection d'une vie familiale effective.

1108 V. plus récemment sur cette critique RASS-MASSON Lukas, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, (dir. de thèse Yves LEQUETTE), Univ. Panthéon-Assas Paris II, soutenue le 3 décembre 2015, pp. 486-487, n° 616.

1109 PATAUT, « droits acquis… », *op. cit.*

1110 Nous avons expliqué déjà dans le chapitre 4 (p. 264) que l'application du droit du for sera combinée avec une règle de compétence conduisant systématiquement à la compétence des juridictions de la résidence habituelle de l'enfant.

Plus précisément, en présence d'une vie familiale effective pour qu'une contestation ait des chances de succès, la personne contestant la filiation devra prouver que celle-ci est inexistante non seulement selon le droit désigné applicable par le juge requis mais aussi selon le droit désigné applicable par le droit du pays dans le ressort duquel a été dressé l'acte d'état civil. Si la loi du pays où l'acte d'état civil a été établi reconnaît le lien de filiation, la seule voie possible pour que la défense soit acceptée sera l'exception d'ordre public international. La règle n'est pas complètement originale pour l'ordre juridique français au moins pour les liens de filiation établis par la voie de la reconnaissance étant donné que l'article 311-17 du Code civil français impose pour la contestation réussie d'un tel lien de filiation qu'elle soit possible aussi bien selon la loi nationale de l'enfant que selon la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance. En outre, aussi bien dans le cas d'une filiation établie par reconnaissance que dans le cas d'un lien de filiation établi à la suite d'une assistance médicale à la procréation il existe certains éléments communs. Dans les deux cas, la volonté des personnes dont le lien de filiation est en cause est centrale et dans les deux cas la réalité biologique du lien de filiation n'est pas contrôlée systématiquement pour l'établissement du lien de filiation.

Ainsi, l'adoption d'une telle règle aboutirait à une combinaison de la méthode de la reconnaissance avec le mécanisme de la possession d'état. Le concours d'éléments factuels avec l'existence d'un document public qui vient confirmer cette réalité doit faciliter la reconnaissance et rendre l'interrogation relative à l'existence de la filiation et sa contestation exceptionnelle. L'on peut se poser la question de ce qu'on doit entendre par situation familiale effective.

Dans le cas de la possession d'état du droit français trois conditions doivent être réunies. Il faut que l'enfant porte le nom des personnes, dont la filiation est en cause, que ces dernières traitent l'enfant comme le leur et que cette situation soit perçue comme telle par leur milieu social. La transposition de ces conditions pour la mise en œuvre de la règle que nous proposons ne devrait pas rencontrer de difficulté. En ce qui concerne la première exigence, celle du nom, elle sera remplie en raison de l'existence de l'acte de naissance. Ensuite, la condition qui doit être la plus cruciale est la manière dont l'enfant est traité par ces parents. Celle-ci devra être entendue de manière large afin que la durée du temps ne soit pas considérée seule comme cruciale[1111]. Ainsi, la manifestation de la

[1111] Contrairement à l'importance que lui attribue Mme JOBARD-BACHELLIER dans sa proposition d'une règle matérielle de droit international privé: JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, *L'apparence en droit international privé, Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, préf. de Paul Lagarde, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 45 et *seq*., n^{os} 65 et *seq*., spéc. p. 51, n^{o} 71.

volonté d'assumer la responsabilité parentale de l'enfant devra suffire. Dans, le cas d'une procréation médicalement assistée et d'une gestation pour autrui il faudra considérer que cette condition soit remplie, si on arrive à prouver que deux personnes ont formulé conjointement le projet parental. La preuve de cette condition ne sera pas difficile parce que comme l'étude des droits étrangers l'a montré, la constitution d'un projet parental par deux personnes de sexe différent ou de même sexe est dans la plupart des cas soumise à un formalisme strict. Ce formalisme impose le consentement éclairé des participants qui doit être fournie en forme écrite. Ainsi, la preuve d'un tel consentement devra être suffisante pour la mise en œuvre de la règle proposée. Ceci permettra de couvrir des comportements abusifs de la part des personnes ayant participé à un projet parental mais qui voudraient ensuite se débarrasser de leurs obligations en exploitant le phénomène de la frontière et la divergence des législations.

La proposition envisagée diminue encore plus le rôle déjà faible de la règle de conflit en matière de filiation et elle se situe à « *la croisée des méthodes du conflit de lois et de la reconnaissance* »[1112].

Cette proposition peut trouver application dans une série de cas dans lesquels la question de la filiation surgit. Ce sera le cas tout d'abord dans un contentieux portant sur les effets des liens de filiation. Dans un tel contentieux, l'un des parents peut contester l'existence du lien de filiation de l'autre parent constaté dans un acte d'état civil dressé dans un pays étranger. Selon la solution de faveur pour la reconnaissance que nous proposons, le lien de filiation sera présumé existant. En pratique, la personne qui souhaitera contester le lien de filiation aura tout d'abord l'option de prouver que la réalité familiale effective fait défaut. Dans le cas où son argument est accepté, la règle matérielle de droit international privé ne sera pas applicable et il pourra contester le lien de filiation selon la loi du for. Sinon, il pourra prouver que le lien de filiation n'est pas reconnu ni par le droit du pays d'établissement de l'acte ni par le droit du juge requis ou que ce lien est contraire à l'ordre public international du juge requis. Il faut néanmoins observer que l'invocation de l'ordre public international par un litigant aurait beaucoup moins de chances d'être acceptée qu'une défense appuyée sur la désignation supposée neutre d'une règle de conflit.

Selon une partie de la doctrine, l'existence de l'exception d'ordre public –si elle est « *normalement entendue* »[1113]– priverait une méthode de reconnaissance de toute utilité.

[1112] LAGARDE Paul, « La reconnaissance mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 481-501, spéc. pp. 492-493, n° 15.

Nous pensons toutefois que pour un mécanisme dont l'intervention doit toujours être mesurée *in concreto*, il n'est peut pas possible de se prononcer dans l'abstrait et avec certitude sur la place qui lui sera réservée en pratique. L'autorité chargée de mettre en œuvre ce mécanisme devra porter son regard à l'ordre juridique dans son ensemble pour fixer le seuil de tolérance à l'égard d'une institution étrangère. Pourtant, même si l'on pense que le rôle de l'ordre public doit être significatif[1114], la solution que nous proposons peut avoir un effet positif dans les cas où il n'existe pas de contestation du lien de filiation en ce qu'elle allège le poids procédural de l'appréciation de l'existence du lien de la filiation selon le droit désigné applicable.

De plus, une telle solution peut également trouver application au moment de la transcription des actes de naissance. Nous avons vu qu'un nombre considérable d'États n'appliquent pas leurs règles de conflit au moment de la transcription des actes de naissance car à ce stade la question de la reconnaissance du lien de filiation ne se pose pas. Il existe néanmoins des cas où un contrôle de l'existence du lien de filiation au moment de la transcription peut être bénéfique. Ce contrôle de l'existence du lien de filiation et la mise en œuvre de la solution proposée présente un intérêt chaque fois qu'une autorité ou une personne ayant un intérêt légitime soulèverait des objections liées à l'existence de la filiation. Poser la question de savoir si un lien de filiation existe dans le contexte de la transcription d'un acte d'état civil aurait deux avantages. D'un côté, les autorités s'engageraient avec plus de circonspection dans la contestation des filiations correspondant à une réalité familiale. De l'autre côté, dans le cas où les autorités persistent dans leur refus à transcrire l'acte de naissance établi à l'étranger, lier l'existence du lien de la filiation à la transcription résoudrait une fois pour toutes le problème de l'existence de la filiation. Certes, nous ne proposons pas qu'un tel contrôle soit systématique mais qu'il intervient uniquement en présence d'une contestation du lien de filiation.

La solution envisagée serait combinée avec l'application du droit du for –ce dernier étant celui le plus souvent de la résidence habituelle de l'enfant– dans le cas d'une action en reconnaissance de lien de filiation. Il faut relever qu'il est préférable de ne pas exclure la reconnaissance de plusieurs personnes comme ayant un lien de filiation avec un enfant tout en déplaçant une partie du contentieux sur le plan de la responsabilité

[1113] D'AVOUT Louis, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Trav. Com. fr. DIP*, 2014-2016, n° 12. Nous tenons à remercier en particulier M. D'AVOUT pour avoir eu la gentillesse de nous communiquer le texte de sa communication avant sa parution.

[1114] VIGNAL Théry, « Ordre public et reconnaissance », in Le droit entre tradition et modernité, Mélanges Courbe, Dalloz, Paris, 2012, pp. 527-548, spéc. p. 537 et s.

parentale où l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale. Enfin, cette solution serait particulièrement opportune au sein de l'Union européenne parce qu'elle serait de nature à promouvoir la libre circulation des citoyens européens déjà promue dans une large mesure. Ainsi, une telle règle offrirait le « *cadre d'évaluation de la régularité des situations familiales étrangères* »[1115]. Le fondement ou en d'autres termes « *la valeur matérielle de référence* »[1116] invoqué à l'appui de la validité, à savoir la protection de la vie familiale de l'article 8, est commun aux États membres. Adopter donc une telle solution ne découle pas d'une « *prédominance conférée aux concepts internes de l'ordre juridique du for* »[1117] mais d'une valeur commune à l'ensemble des pays membres du Conseil de l'Europe. La protection de la vie familiale est de droit positif et, comme valeur elle est beaucoup plus convaincante que celles prétendument promues par les règles de conflit en matière de filiation dont les éléments de rattachement et la structure sont très loin de faire l'unanimité parmi la même catégorie d'États. Cette réserve permettra en fin de compte aux États membres soit de reconnaître, soit de reconstruire les liens de filiation créés dans un ordre juridique étranger.

On constate, donc, que dans tous ces cas portant sur l'existence du lien de filiation l'ordre public international ne peut que maintenir son rôle comme la doctrine unanimement l'accepte[1118]. Cependant, le contrôle de l'ordre public international nécessite une adaptation relative aux exigences de motivation.

§ 2. L'adaptation du contrôle de l'ordre public international

La jurisprudence démontre que la conception de chaque ordre juridique relative aux liens de filiation et l'ordre public international étaient à l'origine des difficultés de circulation[1119]. Le recours à l'exception d'ordre public n'était pas toujours appuyé sur une motivation suffisamment rigoureuse. Le renforcement des exigences de motivation lors de l'invocation des mécanismes d'exception est un des moyens à améliorer la sécurité

[1115] RASS-MASSON Lukas, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, (dir. de thèse Yves LEQUETTE), Univ. Panthéon-Assas Paris II, soutenue le 3 décembre 2015, p. 489, n° 621.
[1116] RASS-MASSON, *ibid.*
[1117] RASS-MASSON, *ibid.*, p. 491, n° 625.
[1118] LAGARDE Paul, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.19-25, spéc. p. 23.
[1119] V. sur les modalités qu'implique la mise en œuvre de l'exception d'ordre public REMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanismes des lois de police en droit international privé*, préf. de Pierre Mayer, DALLOZ, Paris, 2008, pp. 208-262, n°s 368-472.

juridique et la prévisibilité dans les rapports privés internationaux. Ce renforcement de la motivation nécessite de l'interprète du droit une vision d'ensemble sur le droit qui dépasse les distinctions entre droit public et droit privé et qui inclut non seulement les règles de fond mais aussi les règles techniques de la réglementation d'un problème donné. Le renforcement de la motivation assurerait une meilleure coordination avec les règles du droit européen (A) tout en promouvant les la sécurité juridique et la prévisibilité dans les rapports privés internationaux (B).

A. UNE NÉCESSITÉ DE RECONSIDÉRATION DÉCOULANT DU DROIT EUROPÉEN

L'incidence plus ample de la Convention européenne des droits de l'Homme en matière de circulation de situations de droit privé est affirmée de manière caractéristique dans la jurisprudence. Comme la Cour le confirme explicitement dans l'arrêt *Negrepontis* « …*le juge européen ne s'interdit aucunement d'apprécier la pertinence de l'argument tiré de « l'ordre public national » et peut décider d'y opposer, par priorité, l'impératif de protection de la vie familiale, fut-elle de nature adoptive* »[1120]. Cette influence concerne également les filiations créées par assistance médicale à la procréation[1121]. Le fait qu'un État qualifie sa motivation d'ordre public n'est pas de nature à paralyser le contrôle exercé par la Cour européenne car cela assurerait une immunité à toutes les ingérences dans les droits protégés par la Convention européenne chaque fois qu'un gouvernement invoquerait cette qualification[1122]. Cependant, l'impact qu'on attribue à la Convention européenne des droits de l'homme en soutenant que « *dès qu'un ordre juridique a accepté de consacrer concrètement, en matière familiale, un droit subjectif au profit d'une personne, cette « situation » doit être reconnue par les États-tiers sans que ceux-ci puissent lui opposer leur système de contrôle* » ne peut pas être acceptée[1123].

[1120] HERVIEU Nicolas, « Limitation, au nom de la protection de l'ordre public national, des effets juridiques d'une adoption réalisée à l'étranger », publié sur le site suivant : http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/05/05/le-contentieux-de-l%E2%80%99adoption-en-grece-prefiguration-strasbourgeoise-du-contentieux-francais-des-conventions-de-meres-porteuses-cour-edh-1e-sect-3-mai-2011-negrepontis-giannisis-c-grece/ dernière visite le 16/12/2012.

[1121] En ce sens HERVIEU Nicolas, « Limitation, au… », *op.cit.*, *supra.*

[1122] Rappr. MARCHADIER Fabien, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 316, n° 230.

[1123] LEQUETTE Yves, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la dir. de), *Libertés et droits fondamentaux*, 11ème éd, CRFPA, Dalloz, Paris, 2011, pp. 109-134, spéc. p. 124.

L'exception de l'ordre public international est soumise au contrôle du droit européen[1124] et invite les juges nationaux à une certaine retenue et à un contrôle plus attentif des motifs reposant sur la notion de l'ordre public international[1125]. Le fait que le juge de la Cour européenne des droits de l'Homme et celui de la Cour de justice de l'Union européenne soumet l'ingérence dans les droits fondamentaux et dans les libertés de l'Union européenne au contrôle de proportionnalité explique en partie des propositions formulées récemment qui envisagent une adaptation du mode de motivation des arrêts de la Cour de cassation[1126]. Il nous semble qu'une telle adaptation pourrait amener à des motivations plus rigoureuses permettant non seulement la compatibilité avec les sources du droit européen mais aussi la protection des objectifs que l'ordre juridique considère comme fondamentaux. Cela sera possible par la recherche des exigences de cohérence dans le raisonnement adopté.

[1124] En ce sens : KINSCH Patrick dans le Compte Rendu des séances du travail de la Vingt-et-unième réunion GEDIPqui a eu lieu à Bruxelles, les 16 - 18 septembre 2011 et plus précisément l'actualité de la Cour européenne des droits de l'homme et l'Annexe VI.

[1125] V. MARCHADIER Fabien, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 316, n° 230 : « *Doublée de la jurisprudence développée sur son fondement, la CEDH incite le juriste a toujours repenser des points qui lui semblaient acquis.* ».

[1126] V. en ce sens l'entretien avec Bertrand LOUVEL, premier président de la Cour de cassation, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP* 2015, pp. 1906-1912 ; v. Aussi DEUMIER Pascale, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.* 2015, pp. 2022-2030 ; et l'éditorial de JAMIN Christophe, « Motivation des arrêts : une alternative », *D.* 2015, no 35 ; JAMIN Christophe, « Motivation (suite) : quelle tradition civiliste défendre ? », *D.* 2016, p. 1072 ; *contra* MALAURIE Philippe, « Pour : La Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété Contre : le *judge made law* à la manière européenne », *JCP* G. 2016, pp. 546-547.

B. UNE NÉCESSITÉ CONFORME AUX OBJECTIFS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Nous avons constaté que malgré l'opposition fréquente des autorités nationales à la transcription des actes d'état civil étrangers qui empêche la reconnaissance du lien de filiation avec la mère d'intention, la relation familiale créée à l'étranger en cas d'assistance médicale à la procréation subsiste *de facto* et jouit d'une reconnaissance juridique officieuse. Ainsi, en France malgré les affirmations dans le sens contraire, les conventions de gestation pour autrui conclues à l'étranger ont pu produire des effets au sein de l'ordre juridique français bien avant les arrêts du 3 juillet 2015. De même, en Grèce même dans le cas insolite de la femme ayant eu recours à une gestation pour autrui avec le matériel génétique de son fils prédécédé, le refus de reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger n'ont pas remis en cause la réalité familiale créée. Cette observation rend l'invocation du mécanisme de l'ordre public, conçu unanimement dans la doctrine du droit international privé en Europe comme un mécanisme d'exception[1127], encore plus contestable. Indépendamment toutefois de la prise de position sur le jeu de l'ordre public international en matière d'assistance à la procréation, il est logique de penser qu'une motivation plus analytique au stade de l'invocation de l'exception aurait permis, soit de renoncer à sa mise en œuvre, soit à prendre des mesures rendant la politique d'interdiction des certaines techniques d'assistance à la procréation plus cohérente et par conséquent plus stricte et plus efficace.

[1127] Pour le caractère exceptionnel de l'ordre public v. LAGARDE Paul, « Public Policy », Chapter 11 in *International Encyclopedia of Comp. Law,*vol. III, chap. 11, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen,/Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1994, p. 4, n°2, 5, n°3 ; *En* France v. ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé,* préf. Henri Batiffol, 5ème éd., DALLOZ, Paris, 2006, pp. 174-175, § 19, nos 10-11 ; AUDIT Bernard, *Droit international privé*, 5ème éd., Economica, Paris, 2008 ; LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, (de) VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, *Droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2007, pp. 331 et s. ; NIBOYET Marie-Laure, (de) GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, Droit international privé, L.G.D.J., Paris, 2007, p. 222, n° 305 ; BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé/1*, *Partie générale*, 3ème éd., Thémis droit, PUF, 2014, pp. 536-537, n°459 ; Pour d'autres ordres juridiques : RIGAUX François, FALLON Marc, Droit international privé, 3ème éd., LARCIER, Bruxelles, 2005, p. 306, n° 7.34 ; BUCHER Andreas, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, t. 239, 1993, p. 19-20,22 ; KNOEPFLER François, SCHWEIZER Philippe, OTHÉNIN-GIRARD Simon, *Droit international privé suisse*, 3ème éd., Staempfli Éd.SA, Berne, 2005, p. 173, n°352 ; VRELLIS Spyridon, *Droit international privé*, Athènes 2008, p. 125 [en grec] ; En ce qui concerne le Royaume-Uni v. BRIGGS Adrian, *Private International Law in English Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 163-167 nos 3.202-3.211, NORTH Peter, FAWCETT J.J., *Cheshire and North's Private International Law*, 13ème éd., Butterworths, London/Edinburgh/Dublin, 1999, pp. 123-124 ; Les termes utilisés dans la jurisprudence britannique affirme ce caractère exceptionnel ; STANIVUKOVIĆ Maja, « Yugoslavian private international law at the end of the 20th century : Progress or regress ? », in *Le droit international privé à la fin du XXème siècle : progrès ou recul ?* (éd. Symeonides C. Symeon), XVe Congrès international de droit comparé qui a eu lieu à Bristol, au Royaume-Uni en juillet 1998, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, pp. 461-478, spéc. p. 473 ; GOLDSTEIN Gérald, GROFFIER Ethel, *Droit international privé*, t. I, théorie générale, Les éditions Yvon Blais, Québec, 1998, p. 266, 269.

Cela étant, la nécessité de dépasser les explications sommaires des juridictions et des autorités différentes ne découle pas seulement du besoin de promouvoir la coordination et la circulation des situations mais aussi de l'objectif opposé qui consiste à promouvoir les objectifs d'un ordre juridique qui adopte des politiques restrictives. Une motivation adéquate permettrait plus de clarté dans l'énoncé des normes juridiques, renforçant de la sorte sa force dissuasive. Insister sur les explications de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, renforcerait aussi la légitimité de l'intervention du législateur ou du juge dans la mesure où ces édits sont plus le résultat d'un raisonnement rationnel que le résultat d'une imposition d'une autorité supérieure.

À la suite de l'idée de renforcement de la motivation lors de l'invocation de l'ordre public international, il nous semble, également, opportun d'examiner plus attentivement les titres d'application de la loi étrangère appliquée par l'autorité étrangère ou plus généralement la légitimité d'intervention de l'ordre juridique étranger. L'examen des titres d'application de la loi étrangère ne doit pas être effectué dans la logique d'une recherche visant à identifier la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation en cause. Cet examen doit se faire dans la logique d'identification de la teneur d'une loi qui éventuellement présente des titres aussi importants que ceux de la loi de l'ordre juridique d'accueil. Subséquemment, il convient d'essayer de comprendre la structure et le fonctionnement de l'institution du droit étranger afin d'y trouver des éléments pouvant s'adapter à l'ordre juridique de réception. Ainsi, le rôle central de la mère porteuse dans une gestation pour autrui et le fait que celle-ci a dans la plupart des cas sa résidence habituelle au pays où le procédé est effectué démontre que l'invocation de l'ordre public international et de la fraude à la loi ne devraient pas être considérées de manière si évidente. Une meilleure compréhension du droit étranger permettrait de mettre en relief les points de convergence entre les ordres juridiques impliqués et expliquer les raisons pour lesquelles le recours à l'ordre public international ne doit pas s'affirmer de façon aisée. En matière de gestation pour autrui nous ne sommes plus en présence d'un rapport privé à deux personnes. *Ab initio* et en pleine connaissance des parties, la structure du rapport est multilatérale. Partant, l'invocation de l'exception d'ordre public ou de fraude doit prendre en considération l'impact d'une telle décision à toutes les personnes impliquées. L'intérêt de la gestatrice est uniquement invoqué de manière abstraite lors de l'examen de la question de la reconnaissance du lien de filiation, mais les juridictions se

désintéressent complètement des intentions et des attentes concrètes de gestatrices[1128]. L'effort pour mieux comprendre les différentes institutions étrangères aurait permis de formuler des motivations plus solides.

Et si ce besoin de renforcement de la motivation ne peut que difficilement être accepté au sein des ordres juridiques nationaux, il devrait être pris plus sérieusement en considération pour la création d'un droit international privé propre à l'Union européenne. Une interprétation rigoureuse du mécanisme d'ordre public international est plus impérieuse dans le contexte des relations au sein de l'Union européenne. Une telle interprétation nécessite d'avancer des justifications solides en examinant plus précisément si la mise en œuvre de l'ordre public international traduit une vision cohérente de l'ordre juridique d'accueil. M. LAGARDE propose pour améliorer les conditions d'intervention de l'exception d'ordre public de « *dresser une liste concrète des exigences de l'ordre public* » pour chaque type de situation[1129].

Par ailleurs, la question relative aux conditions du déclenchement de la réserve d'ordre public international est liée à la discussion relative à l'adoption du contrôle de proportionnalité pour les besoins de motivation des décisions. Malgré les avantages du contrôle de proportionnalité dans certains cas, nous pensons que l'adoption d'un tel raisonnement ne constitue pas la seule voie envisageable pour ce changement d'approche dans la mise en œuvre des mécanismes d'exception tel que l'ordre public international.

Une source d'inspiration dans l'objectif du renforcement de la motivation se trouve dans la théorie du droit-intégrité développée par *Ronald DWORKIN* dans son livre *L'empire du droit*[1130]. M. *DWORKIN* propose dans son œuvre une théorie d'ensemble du droit et du fonctionnement du droit. Sa vision ne se limite pas à certains aspects du droit. Selon cette vision « *L'intégrité exige que les normes publiques de la collectivité aient pour but, et le montrent, dans toute la mesure du possible, d'exprimer un dispositif unique et cohérent de justice et d'équité dans le rapport convenable* »[1131]. « *Les juges qui acceptent l'idéal d'interprétation de l'intégrité*

[1128] V. une analyse récente sur les motivations et les attentes des gestatrices en Inde : ROZÉE Virginie, UNISA Sayeed, DE LA ROCHEBROCHARD Elise, « La gestation pour autrui en Inde », *Population & Sociétés* octobre 2016, pp. 1-4, spéc. p. 3 ; « Surrogacy in India, The end of paid labour ? », *The Economist* 3-9 septembre 2016, p. 48 : « *Kokila …rigolant à la question naïve qui lui est posée. Est-ce que c'est difficile de travailler comme gestatrice portant pendant 7 mois l'enfant d'une autre femme ? 'C'est relaxant' elle répond, 'beaucoup plus facile que de travailler sur les champs'…Kokila dit qu'elle avait eu de la chance d'avoir commencé la gestation pour autrui avant que l'interdiction de la gestation pour autrui entre en vigueur : sa rémunération va l'aider considérablement à élever ses deux enfants* » (Traduction libre).

[1129] LAGARDE Paul, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.19-25, spéc. p. 23.

[1130] DWORKIN Ronald, Law's Empire, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1986 ; DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, traduit de l'américain par Elisabeth Soubrenie¸ PUF, 1994.

[1131] DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, traduit de l'américain par Elisabeth Soubrenie¸ PUF, 1994, p. 243.

statuent sur des cas difficiles en essayant de trouver, dans un ensemble cohérent de principes sur les droits et les devoirs, la meilleure interprétation constructive de la structure politique et de la doctrine juridique de leur collectivité. Ils essaient de rendre les meilleurs possible cette structure et ce rapport complexe »[1132]. « *Le gouvernement doit parler d'une seule voix sur la nature des droits, et ainsi ne pas les refuser à n'importe qui, n'importe quand* »[1133].

Certaines des directives de la théorie du droit-intégrité pour les besoins d'interprétation et compréhension du droit sont également particulièrement opportunes pour la mise en œuvre de l'ordre public international. En effet, l'examen de l'interprétation de l'ordre public international par les cours suprêmes grecque et française effectué dans le chapitre 5 laisse transparaître une vision parcellaire du droit. En Grèce, les juges ne prennent pas en considération le fait que la vie familiale d'un enfant adopté par un couple de même sexe est admise. En France, les juges ne prennent pas en considération les effets de la vie familiale déjà reconnues par le Conseil d'État, par l'administration fiscale, par les services de la sécurité sociale ou encore l'intervention contingente des autorités consulaires au stade de la transcription des actes de l'état civil. Ainsi, en matière de circulation des liens de filiation créés à la suite d'une assistance à la procréation le gouvernement ne parle pas d'une seule voix unique comme l'exige le principe de l'*intégrité* telle que conçue dans DWORKIN. L'examen de la pratique jurisprudentielle en matière d'assistance médicale à la procréation ne permet pas de voir le droit comme *un ensemble cohérent et structuré*[1134]. En effet, la jurisprudence dans ce domaine donne l'impression que parfois le clivage entre droit public et droit privé semble limiter le point de vue du juge lorsqu'il a recours aux mécanismes d'exception. Pour ces raisons nous pensons que la théorie de DWORKIN relative à la conception et l'interprétation du droit se révèle particulièrement pertinente dans ce contexte et est à même d'amener à des raisonnements plus rigoureux des juridictions. Un renforcement de la motivation guidé par cette théorie pourrait inclure le raisonnement en termes de proportionnalité comme un des éléments que le juge doit prendre en considération dans sa délibération et non pas nécessairement le substituer à la place du raisonnement syllogistique. Enfin, nous pensons qu'un motif en faveur d'une telle vision du droit se trouve dans la jurisprudence de la Cour européenne qui adopte dans son examen des violations alléguées des droits une vision d'ensemble de la pratique juridique qui dépasse

1132 *Ibid.*, p. 278.
1133 *Ibid.*, p. 245.
1134 *Ibid.*, p. 435.

les divisions entre droit public et droit privé et qui n'ignore pas les modalités d'application des règles nationales.

Et si une telle démarche visant à rendre plus transparente la mise en œuvre de l'ordre public s'avérerait extrêmement difficile, il semble que parfois les paramètres techniques de la réglementation relative à la circulation du statut personnel pourrait faciliter considérablement la reconnaissance indirecte de ces liens de filiation inédits.

§ 3. L'impact dans la circulation des modifications sur la plan de l'état civil

Les institutions de l'état civil assument un rôle croissant face aux nouvelles techniques de procréation médicalement assistée, à la gestation pour autrui et aux liens de filiation qui en résultent. L'institution de l'état civil est, malgré son caractère technique, cruciale pour la circulation des liens de filiation. En dehors de la position qu'un ordre juridique adopte sur le plan du droit substantiel, il existe des mesures qui peuvent être prises pour rendre les règles de fonctionnement de l'état civil plus claire et contribuer de la sorte à la sécurité juridique. Des initiatives peuvent être prises, tant au niveau national (A), qu'au niveau international (B).

A. LA RECONSIDÉRATION DE L'INSTITUTION DE L'ÉTAT CIVIL AU PLAN NATIONAL

Le rôle de l'institution de l'état civil à la circulation de liens de filiation invite à réexaminer sa structure et son fonctionnement pour répondre aux problèmes posés par les changements dans le droit de la filiation de nombreux pays. Dans ce contexte, des moyens différents peuvent affecter la circulation de liens de filiation.

La première nécessité est celle de la clarification des conditions de circulation des actes d'état civil. Il ressort des chapitres précédents que les informations incluses dans un acte d'état civil peuvent être cruciales dans le cas d'un litige ultérieur portant sur la question de la filiation ou sur celle de l'exercice du droit à la connaissance aux origines. Ces clarifications quant aux informations incluses dans l'acte d'état civil peuvent bien, dans un premier temps, conduire à une certaine rigueur dans le contrôle et, partant, à des problèmes additionnels dans la circulation des rapports de droit. Mais à long terme, une telle orientation sera bénéfique pour les relations privées internationales parce qu'elle permettra plus de prévisibilité. Rendre intelligibles des limites que chaque ordre juridique

se fixe pour ce qui concerne les rapports qu'elle accepte de reconnaître permettra d'éviter la création de rapports boiteux ou, du moins, permettra d'évaluer avec plus de précision le risque de création de tels rapports. Ainsi, un ordre juridique dont la conception de la maternité repose sans exception sur le fait de l'accouchement devrait toujours exiger comme condition de transcription d'un acte de naissance un certificat d'accouchement ou d'autres éléments prouvant l'accouchement de la femme tendant de se prévaloir d'un acte de naissance.

Ensuite, il serait utile d'examiner, déjà au stade de la circulation des actes d'état civil dans certains cas, la validité au fond, qu'il soit en termes de conflit de lois ou en termes de reconnaissance, du lien de filiation relaté dans l'acte de naissance. Une proposition en ce sens était déjà formulée par Mme BIDAUD-GARON qui préconisait la « *mise en place d'un véritable régime de réception des actes de l'état civil étranger basé sur un contrôle de leur efficacité substantielle* »[1135]. Un tel contrôle de l'efficacité substantielle ne doit pas être systématique parce qu'il alourdirait considérablement la procédure de circulation des actes de naissance. L'utilité de prévoir un contrôle de l'efficacité des effets juridiques attachés au contenu des documents découle de deux éléments.

D'une part, il ressort de l'examen de la jurisprudence française relative aux actes d'état civil, mais aussi des affaires portées à la connaissance des autorités grecques que si le contrôle exercé portait en apparence sur l'*instrumentum*, il s'appuyait en réalité sur des considérations de fond. La dissociation du contrôle de forme du contrôle de fond a eu, notamment en France, comme conséquence la multiplication du contentieux y afférent et la persistance de l'incertitude quant à la validité de ces actes et quant à l'existence des liens de filiation mentionnés. Partant, la concentration du contentieux au stade de la transcription des actes de naissance, permettrait de satisfaire des considérations d'économie procédurale.

D'autre part, l'utilité de l'examen de la validité des effets juridiques attachés au contenu d'un acte d'état civil existe lorsque l'acte d'état civil étranger ne correspond pas à la conception que le pays de réception se fait d'un acte d'état civil. L'étude des droits étrangers montre que la nature et les traits du fonctionnement de l'état civil se sont considérablement modifiés dans un bon nombre de pays[1136]. Ainsi en Grèce, en

---

[1135] V. BIDAUD-GARON Christine, *L'état civil en droit international privé*, thèse de doctorat (préparée sous la dir. de FULCHIRON Hugues), Université Jean Moulin –Lyon 3, présentée et soutenue publiquement le 9 décembre 2005, pp. 407-420, n° 508-528. La procédure proposée similaire à la procédure d'*exequatur et de l'action en inopposabilité* des jugements pourrait être déclenché à l'initiative du procureur, de l'intéressé lui-même ou d'une personne ayant un intérêt à le faire.

[1136] V. chapitre 1, section 1§ 2 et section 2, pp. 59 et *seq.*

Californie, en Géorgie et ailleurs, la femme mentionnée comme mère dans l'acte de naissance ne correspond pas nécessairement à la femme qui a porté et accouché de l'enfant. En outre, en Californie, en Australie et dans d'autres pays, l'acte d'état civil peut désormais mentionner comme parents deux hommes ou plus généralement deux personnes de même sexe. D'autres pays encore ont substitué les mentions *parent A – parent B* aux mentions de père et mère afin de tenir compte de l'avènement de l'homoparentalité. Très clairement, ces actes d'état civil ne trouveront pas encore un *instrumentum* équivalent dans la plupart des pays où ils pourraient être produits en vue de leur transcription[1137]. Le principe de véracité qui caractérise le fonctionnement des institutions d'état civil impose en principe l'équivalence entre les actes d'état civil étrangers et les actes d'état civil du for. Ceci étant, l'absence d'équivalence conduira dans un grand nombre des cas au refus de la transcription d'un acte d'état civil en France et en Grèce. Cette conception selon laquelle des autorités d'un pays sont obligés à transcrire les actes de naissance uniquement si ces derniers correspondent à leur conception des liens de filiation et à leur conception de l'état civil n'est pas satisfaisante. Elle révèle tout d'abord une incohérence entre les règles de conflit en matière de filiation et le fonctionnement de l'institution de l'état civil. L'incohérence existe du fait que des ressortissants grecs et français –concernés en particulier par l'institution d'état civil– peuvent voir leur filiation régie par une loi étrangère. Le lien de filiation qui ne peut pas être créé en France, peut donc être considéré comme valable selon la loi étrangère. Il peut en être ainsi dans le cas d'un couple d'un Français et d'une Grecque qui ont recours à une gestation pour autrui en Grèce. Le principe de véracité imposerait dans un tel cas de ne pas transcrire l'acte de naissance établi en Grèce bien que l'article 311-14 du Code civil désigne comme applicable le droit grec. Refuser dans un tel cas la transcription revient à dire que toute filiation qui ne correspond pas à la conception française des filiations est contraire à l'ordre public. Alternativement, il faudrait considérer que seules les personnes dont les liens de filiation correspondent aux conceptions du pays de l'autorité requise peuvent avoir accès aux services de l'état civil. En outre, l'appréciation de la contrariété d'une situation avec l'ordre public doit toujours être menée *in concreto*. L'impossibilité de transcription de tout lien qui ne correspond pas à la conception de l'état civil de l'autorité requise procède d'un refus systématique de l'accès à l'institution de

[1137] Pour les différences existant entre l'état civil des pays-membres de l'Union européenne v. le LIVRE VERT : « Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil », Bruxelles, 14.12.2010,COM(2010) 747 final, p. 10.

l'état civil ne respectant pas l'exigence d'un contrôle *in concreto*. Il faudrait donc envisager par exemple la transcription d'un acte de naissance constatant un lien de filiation monosexué en faveur d'un couple d'hommes ou de femmes. Un tel lien ne peut pas être créé en France que par le biais d'une adoption. Toutefois, l'acceptation en droit d'une telle filiation démontre clairement qu'un tel lien créé automatiquement en faveur de deux femmes ne peut pas être considéré comme contraire à l'ordre public international. Partant, l'examen, au moment d'une demande de transcription d'un acte de naissance, de la validité du lien de filiation créé *ex lege* ou de la reconnaissance du jugement consacrant ce lien peut être un argument en faveur de cette transcription[1138].

Les autorités responsables devraient pouvoir transcrire un tel acte dans l'hypothèse où le lien de filiation peut être reconnu. En présence d'une filiation atypique, examiner la question de la reconnaissance du lien de filiation serait favorable à la permanence du statut personnel et à la coordination des ordres juridiques. Une telle solution supposerait toutefois un changement dans la conception et le fonctionnement des registres d'état civil. Un premier pas vers une telle direction serait l'adoption d'un acte d'état civil adoptant des mentions neutres. Un acte d'un tel type permettrait d'acter des liens de filiation qui ne correspondent pas nécessairement à ceux de l'ordre juridique de l'autorité requise. Une telle évolution sera difficile.

Au demeurant, la clarté des systèmes d'état civil et la prise en conscience des conditions que chaque ordre juridique prévoit pour la circulation des actes d'état civil constituent une base de connaissance solide et nécessaire à la mise en œuvre d'une coopération effective entre les autorités étatiques.

B. LA RECONSIDÉRATION DE L'INSTITUTION DE L'ÉTAT CIVIL AU PLAN INTERNATIONAL

Des démarches ayant comme objectif la facilitation de la circulation des documents de l'état civil sont engagées depuis longtemps dans la sphère internationale. En ce sens il faut mentionner la Convention très réussie de La Haye de 1961 qui allège la procédure de

[1138] V. HENRICOT Caroline, « Belgique : La gestation pour autrui en droit international privé », in MONÉGER Françoise (sous la dir. de), *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, XVIIIe Congrès Washington, les 25-31 juillet 2011, Lex Multiplex Jus Unum, Société de Législation Comparée, Paris, 2011, pp. 49-84, spéc. pp. 53-55.

légalisation[1139]. Une coopération portant sur les questions relatives à l'état civil se dessine au sein de la Commission internationale de l'état civil. La Commission internationale de l'état civil avec son expertise technique a préparé nombreuses conventions dans ce domaine. Dans le cadre de son activité a été adoptée la Convention de novembre 2012 qui permettra aux États signataires d'obtenir accès à la plateforme d'échanges de données. Cette plateforme est le résultat d'une synergie entre la Commission internationale de l'état civil et l'Union européenne[1140]. En parallèle à ces démarches une étape importante vient d'être franchie au niveau de l'Union européenne avec l'adoption du règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016 « visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 »[1141]. Bien que l'on puisse regretter l'absence de concertation en ce domaine avec la Commission internationale de l'état, il ne faut pas oublier l'efficacité des instruments européens liant dès leur entrée en vigueur l'ensemble des États membres[1142].

Cette intervention constitue une affirmation de la volonté du législateur européen d'entendre la liberté de circulation des citoyens européens avec leur statut civil et familial. Ce texte couronne un mouvement jurisprudentiel qui de la reconnaissance d'une simple obligation de reconnaissance mutuelle d'actes administratifs[1143], était arrivé avec les arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin Paul* à une obligation de reconnaissance de la situation au fond. Cependant, le règlement ne semble pour l'instant pas aller très loin pour ce qui concerne la reconnaissance « *d'effets juridiques attachés au contenu d'un document public délivré dans un autre État membre* »[1144]. Son objet se limite au traitement du problème de la reconnaissance des actes d'état civil. En outre, on observe que dans les formulaires multilingues adoptés ne

[1139] Il faut également mentionner la Convention européenne du 7 juin 1968 relative à la suppression de la légalisation des actes établis par les agents diplomatique ou consulaires et la Convention du 25 mai 1987 relative à la suppression de la légalisation d'actes établis dans les États membres des communautés européennes.
[1140] PATAUT Étienne, « Vers un état civil européen ? », in *Mélanges en l'honneur de Spyridon*.., préc., note.,p. 757.
[1141] Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) no 1024/2012.
[1142] PATAUT Étienne, « Vers un état civil… », *Ibid*, p. 756.
[1143] CJCE, 2 décembre 1997, *Eftalia Dafeki et Landesversicherungsanstalt* Württemberg, aff. C-336/94 ; 30 mars 1993, *Christos Konstantinidis c. 1) Stadt Altensteig – Standesamt et 2) Landratsamt Calw – Ordnungsamt*,, aff. C-168/91.
[1144] V. pts. 18 et 26 du préambule du règlement. V. aussi les observations de M. D'AVOUT Louis, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Trav. Com. fr. DIP*, 2014-2016, nº 1 (à paraître)..

sont pas prises explicitement en considération les nouvelles formes de parenté[1145]. Plus encore, contrairement aux versions initiales du règlement, dans le texte finalement retenu la valeur attribuée aux formulaires multilingues est d'une portée moins importante. L'article 15 § 1 de la proposition prévoyant que les formulaires multilingues ont la même force probante que les documents publics équivalents dressés par les autorités du pays qui les a émis, a été supprimé. L'article 7 du règlement prévoit désormais que les formulaires multilingues accompagnent seulement les documents publics concernant la naissance, le fait d'être en vie, le décès, le mariage, partenariat enregistré, le domicile et/ou la résidence, l'absence de casier judiciaire. Ainsi, un formulaire de ce type ne peut pas, comme il était initialement envisagé, être « *demandé en lieu et place du document public équivalent existant dans cet État membre* »[1146]. Au contraire, il est précisé dans les annexes du règlement incluant des modèles de tous les formulaires multilingues qu'un tel formulaire a « *pour seule finalité de faciliter la traduction du document public auquel il est joint. Il ne doit donc pas circuler en tant que document autonome entre les États-membres* ».

Il ressort alors que la version définitive du règlement est beaucoup moins ambitieuse que les propositions. Le recul par rapport aux objectifs initialement affichés peut laisser sceptique quant au potentiel du texte de favoriser la circulation des situations du statut personnel. Beaucoup dépendra de l'application en pratique du règlement. Il faut néanmoins noter que l'établissement d'une pratique commune aux États membres relativement à la circulation des actes d'état civil est une première étape vers la création d'un « *statut personnel européen du citoyen européen et de sa famille* »[1147]. En plus, la portée des formulaires multilingues ne doit pas être sous-estimée. Ceux-ci sont importants en ce qu'ils vont établir une pratique qui est susceptible de nourrir « *la confiance dans le fonctionnement des autorités des pays impliqués* »[1148].

Bien d'autres aspects de ce règlement incitent à penser qu'à long terme le système institué va faciliter considérablement la reconnaissance de filiations relatées dans

---

[1145] Il s'agit de l'Annexe I du règlement, qui propose un formulaire type concernant la naissance. La distinction traditionnelle père-mère y est adoptée sans prévoir pour autant la possibilité d'existence de deux parents de même sexe.

[1146] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil « visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012, 24.4.2013, COM(2013) 228 final, v. annexe I.

[1147] V. en ce sens PATAUT Etienne, « Le citoyen européen, son état civil, sa famille –Chronique citoyenneté 2013 », *RTDE* 4-2013, p. 917-931, spéc. pp. 920-927 ; PATAUT Étienne, « Vers un état civil européen ? », in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, NOMIKI VIVLIOTHIKI, Athènes, 2014, pp. 751-762, spéc. p. 762 ; sur cette question v. aussi TSOUCA Chryssa, « Le statut personnel comme objet de réglementation internationale », in TSOUCA Chrysa (sous la dir. de), *Droit international de la famille*, NOMIKI VIVLIOTHIKI, Athènes, 2016, pp. 427-475, spéc. pp. 440-443, n^{os} 30-41 [en grec].

[1148] BUCHER Andreas, « La migration de l'état civil », *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans Van Loon*, Intersentia, Antwerp, 2013, pp. 101-112, spéc. p. 106.

les actes d'état civil. Le règlement dispense tout d'abord de légalisation et de formalité similaire des documents publics (article 4) et de l'obligation de présenter une copie certifiée conforme à ce document (article 5 § 1). Il ne faut pas non plus négliger l'importance de la mise en place d'un mécanisme de coopération administrative entre les autorités nationales (Chapitre IV) et la possibilité d'échange d'informations entre elles. La mise en place d'un tel mécanisme permettra en cas de doute aux autorités du pays d'accueil d'obtenir les informations nécessaires pour la vérification de l'authenticité du document. L'échange des informations peut être facilité considérablement par la possibilité de recours au système d'information du marché intérieur (article 13). Cependant, il faut être conscient du fait que dans d'autres domaines du droit de l'Union européenne la coopération entre autorités nationales n'est pas toujours aussi efficace que l'on pourrait l'espérer[1149].

Il faut encore relever que ce règlement portant sur la circulation documents relatifs à l'état civil fait partie d'une évolution d'ampleur du droit international privé de l'Union européenne dont l'impact à la circulation des situations familiales internationales est considérable[1150]. Un élément indicatif de la portée de ce règlement découle de la base juridique de l'article 21 § 2 TFUE qui a servi de fondement pour son adoption[1151]. Le choix de cette base juridique importe dans la mesure où il s'agit d'une base juridique plus large que celle de l'article 81 TFUE sur laquelle reposent désormais les règlements en matière de conflits de lois[1152]. Choisir la citoyenneté européenne comme fondement de l'action de l'Union européenne dans ce domaine est significatif pour une autre raison. La citoyenneté européenne a été ces dernières années un amplificateur du mouvement jurisprudentiel facilitant la reconnaissance des rapports relevant du statut personnel. Le recours donc à cette base juridique dans ce cadre combiné à l'objectif affiché du texte à favoriser la libre circulation des citoyens européens « *a comme conséquence d'affirmer une interprétation de la compétence de l'Union en matière de libre circulation qui n'avait rien d'évident* »[1153]. Cette affirmation de la compétence de l'Union européenne peut faire passer au second plan le caractère technique de cet instrument et favoriser la circulation du statut

[1149] V. en ce sens relativement à la difficulté de faire exécuter des ordres de retour des enfants illicitement déplacés DUPRÉ Lisette, « Council Regulation (EC) No 2201/2003 (Brussels IIa) proposals for change and the potential impact », *IFL* 2016, p. 100.
[1150] PATAUT Étienne, « Vers un état civil européen ? », in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, préc. note…, spéc. p. 760
[1151] PATAUT Étienne, « Vers un …, *ibid.*, spéc. p. 756.
[1152] *Ibid.*, spéc. p. 761.
[1153] *Ibid.*, p. 761.

personnel[1154]. Il serait ainsi plus facile d'affirmer qu'un refus de transcription d'un acte de naissance est constitutif d'une atteinte à la libre circulation. Ceci se comprend si on porte notre regard sur le contentieux généré en France. Le débat mené devant les juridictions françaises portait sur une question technique, celle de la transcription d'un acte de naissance. Mais les raisons à l'appui de l'action du ministère public étaient des raisons de fond liées à la filiation.

Cependant, la compétence de la Cour de justice pourrait être critiquée en soutenant que le texte du règlement ne porte que sur la forme des actes. En conséquence, il ne serait pas possible d'affirmer une compétence sur la question de fond de la filiation. Une telle objection ne serait pas fondée parce que le règlement est adopté à un moment où l'on est conscients du fait que la question technique est intrinsèquement liée à celle de fond. Il est aussi connu que, bien que la transcription de l'acte de naissance ne résolve pas le problème de l'existence du lien de filiation, elle peut résoudre ce dernier problème une fois et pour toutes. Certes, l'ordre public constitue une limite difficile à dépasser et nous avons constaté dans les arrêts *Runevic Vardyn*, *Sayn Vitgenstein* et *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*[1155] que la Cour de justice reconnaît une marge ample aux États notamment pour des problèmes sensibles.

Toutefois, le règlement pourrait avoir un impact particulier en ce qui concerne plus précisément la gestation pour autrui, et ce grâce aux formulaires multilingues relatifs à la naissance. Ces formulaires, à l'instar des actes de naissance des pays autorisant ce procédé, ne portent aucune mention indicative de la gestation pour autrui. Le formulaire prévu par le règlement véhiculerait ainsi une vision du lien de la filiation différente de celle des pays interdisant ce procédé. On a pu constater que l'absence de mention du procédé dans l'acte d'état civil avait déjà permis à de nombreux couples de faire transcrire les actes de naissance. Il est dès lors raisonnable que ce phénomène se renforce après l'adoption du règlement pour les couples qui ont accès à une gestation pour autrui dans un autre État membre.

En guise de conclusion, la promotion de la reconnaissance ne dépend pas de l'adoption d'une solution magique qui fera disparaître de manière immédiate les obstacles. La suppression de la règle de conflit ne conduirait pas, d'une part à une reconnaissance automatique des liens de filiation. Une règle matérielle internationale combinant le jeu de la possession d'etat avec la méthode de la reconnaissance peut

[1154] *Ibid.*, spéc. pp. 761-762.
[1155] CJUE, 2 juin 2016, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff* c. *Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, C-438/14.

faciliter la circulation des liens de filiation. Enfin, la politique de la promotion de la reconnaissance peut aussi être servie par la reconsidération du fonctionnement des mécanismes de droit international privé comme l'ordre public international et la fraude à la loi. Enfin, une réforme de l'institution de l'état civil et des mécanismes de coopération entre autorités étatiques est également opportune.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme et par la Cour de justice de l'Union européenne a pu faciliter la reconnaissance et la circulation de situations familiales valablement créées dans un ordre juridique étranger. Cependant, l'intervention des juridictions supranationales, notamment de la Cour européenne des droits de l'Homme n'a fait que normaliser des situations familiales bien effectives dans les ordres juridiques d'accueil, en ce que ces situations avaient bien produit leurs effets en vertu des règles nationales ou dans le silence du droit national. C'est pourquoi l'intervention du droit européen ne doit pas être lue comme une obligation généralisée de reconnaissance des situations familiales constituées à l'étranger. Les limites inhérentes aux systèmes du droit de l'Union Européenne et de la Convention européenne des droits de l'Homme aboutissent à ce résultat que, face à des situations qui soulèvent de délicats problèmes de morale (comme ceux découlant des filiations issus d'une assistance médicale à la procréation), ne peuvent être sanctionnées qu'en présence de graves incohérences des solutions nationales. Ce sont ces incohérences, combinées avec la volonté de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, qui rendent inéluctable l'intervention de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Sur le plan méthodologique, l'éviction par le droit européen des solutions auxquelles parvient le droit international privé n'équivaut pas à une remise en cause systématique des méthodes traditionnelles de la matière (et en particulier de la règle de conflit) concernant la reconnaissance et la circulation de liens de filiation. Toutefois, le rôle faible de la règle de conflit au stade de la circulation des filiations et l'intervention du droit européen incitent plutôt à repenser le fonctionnement de systèmes de circulation des rapports de droit privé et à proposer un aménagement différent des composantes du contrôle exercé par l'État.

Dans cette démarche, l'adoption d'une variante de la méthode de la reconnaissance peut être opportune en particulier lorsque un problème de filiation se pose comme question préalable. Il s'agit d'une solution inspirée de l'idée de la cristallisation de la méthode de la reconnaissance qui conduirait à l'établissement d'une possession d'état internationale. En parallèle, l'emprise du droit européen doit conduire les juridictions nationales lors de la mise en œuvre des mécanismes d'exception comme l'ordre public international à déployer une motivation rigoureuse et cohérente qui intégrerait des éléments du raisonnement des deux Cours européennes. Insister sur la justification du recours à l'ordre public international et à la fraude à la loi, en prenant explicitement et de manière systématique en considération des éléments inhérents au raisonnement de la Cour européenne des droits de l'Homme et à la Cour de justice, permettrait de mieux respecter la balance des intérêts que chaque ordre juridique juge dignes de protection dans les rapports privés à dimension internationale. Le rapprochement des motivations adoptées par les Cours suprêmes nationales à celles des Cours supranationales est une étape préalable à la construction d'un système de circulation du statut personnel propre à l'Union européenne. Enfin, une étape aussi importante pour un tel système est le mécanisme européen de circulation des actes d'état civil qui vient de naître.

TITRE II

LA CIRCULATION DES EFFETS DE LA FILIATION

Les difficultés relatives à la circulation de liens de filiation, au centre de l'attention des juristes, ressurgissent aussi, de manière incidente, au stade de la circulation des effets de la filiation issue d'une assistance médicale à la procréation. Le processus de création du lien de filiation a des répercussions aussi bien sur le plan de la reconnaissance du lien de la filiation que sur les effets reconnus à ce lien. Il importe donc de s'intéresser à la manière dont circulent les décisions et les autres actes publics ainsi qu'à la façon dont se règlent les problèmes relatifs, notamment, à la responsabilité parentale, aux obligations alimentaires et aux successions. En effet, le fait qu'il y a eu assistance médicale à la procréation et que le lien de filiation soit issu de cette pratique peut être déterminant pour la décision du juge dans ce type d'affaires. Le mode de constitution du lien de filiation a pu susciter des difficultés, en particulier lorsqu'une discorde surgit entre entre les parties à un projet d'assistance à la procréation. La mise en lumière de la réglementation de ces effets, notamment au niveau de l'Union européenne, permet de comprendre l'influence qu'exerce le lien de filiation sur la construction de la vie familiale et sur ses effets. L'examen qui suivra constitue, d'ailleurs, la dernière partie d'une vision d'ensemble sur le rôle des différentes méthodes du droit international privé dans la coordination des solutions des ordres juridiques adoptant des solutions contradictoires, ce qui confirme sa nécessité dans le contexte d'une problématique liée à l'impact des méthodes de réglementation des rapports privés internationaux. L'apport de cet aspect de la problématique se comprend d'ailleurs en raison d'une particularité propre aux situations examinées ci-après.

Le problème des effets de la filiation se pose dans un contentieux opposant le plus souvent des parties privées, contrairement aux affaires où les intérêts des particuliers sont en confrontation avec l'intérêt public. La dernière configuration des rapports est rencontrée notamment dans le cadre du contentieux relatif à la reconnaissance du lien de la filiation, et plus précisément au stade de la transcription d'un acte d'état civil. Les affaires de ce type –opposant des parties privées– ont déjà attiré l'attention en tant

qu'elles révèlent certaines des limites apportées à la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance[1156].

L'analyse menée dans les chapitres précédents a conduit à la constatation que le rôle de la règle de conflit était secondaire aussi bien au moment de la création du lien de la filiation qu'au moment où un État s'oppose à la reconnaissance de ce lien. En dehors du contexte dans lequel la question de la filiation et celle du droit applicable à celle-ci a été examiné, la même question peut se poser en tant que question préalable à la résolution d'un différend relatif aux effets du lien de la filiation. Il s'agit du seul autre contexte dans lequel l'application ou la prise en considération de la règle de conflit est envisageable. L'examen du rôle de la règle de conflit également dans cette configuration de relations entre personnes privées confirme l'hypothèse de son recul, bien que sa mise en œuvre intervienne occasionnellement. Ce repli de la règle de conflit est plus caractéristique dans les affaires dont le lien avec l'Union européenne conduit à l'application des règlements portant sur certains effets des liens de filiation.

Cette dernière observation, combinée avec la constatation de la facilitation de la circulation de situations lorsque la question se pose dans un contexte relatif aux effets d'une filiation, renforce l'argumentation en faveur d'un amenuisement des obstacles à la reconnaissance de situations, et en particulier en faveur de l'assouplissement du rôle de la règle de conflit en matière de filiation. Un tel mouvement peut aussi être réalisé par une solution inspirée de la méthode de reconnaissance. Il est légitimé par des considérations liées à l'objectif de la reconnaissance et il a le mérite de réduire dans une certaine mesure la survenance du problème des questions préalables[1157]. La suppression de la condition de consultation d'une règle de conflit au stade de la résolution de la question préalable du lien de filiation signifie que le besoin de choisir entre les règles de conflit du for et celles de la *lex causae* s'efface. L'intérêt de la solution se renforce du fait qu'une telle question préalable se pose lors de la mise en œuvre des règlements européens de droit international privé et d'autres normes juridiques du droit de l'Union européenne.

En dehors de la réflexion relative au rôle même de la règle de conflit, l'étude des effets des liens de filiation confirme le besoin de ne pas limiter notre horizon aux deux méthodes qui ont exclusivement retenu l'attention de la littérature de droit international privé ces dernières années, et l'intérêt de chercher si, au-delà de la méthode de la règle de

---

[1156] LAGARDE Paul, « La reconnaissance mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 481-501, spéc. p. 497, n° 22, p. 500-501, n° 26.
[1157] CORNELOUP Sabine, « Les questions préalables … » *op. cit.*

conflit et de celle de la reconnaissance, d'autres méthodes peuvent apporter leur contribution à la coordination des relations privées internationales. Ainsi, des améliorations à la circulation du statut personnel peuvent être liées à d'autres aspects du régime de circulation des liens de famille. Celles-ci peuvent découler d'une reconsidération et d'une adaptation du jeu des mécanismes, comme celui des exceptions de l'ordre public international et de la fraude à la loi, qui interviennent lors de la circulation de situations et de décisions. L'importance du mécanisme de l'ordre public confirme le besoin de renforcement de la motivation nécessaire à son invocation. L'attractivité de l'exception de l'ordre public pour le juge national et l'existence des décisions démontrant un recours qui n'est pas appuyé par une motivation solide et cohérente incitent à reconsidérer le système de circulation. Celui-ci pourrait être complété par d'autres procédés, par exemple en recourant à la coopération entre juges et entre autorités nationales ou en adoptant des règles matérielles spéciales.

L'analyse des affaires d'assistance médicale à la procréation révèle l'existence de situations dans lesquelles la conciliation des divergences entre les réglementations nationales relatives aux liens de filiation sera difficile. Renoncer à la coordination en raison de ce constat de divergence serait céder à la facilité. Souvent des divergences qui paraissent de prime abord insurmontables s'expliquent moins par une incompatibilité absolue des solutions étrangères avec l'ordre public international du juge requis que comme le résultat de l'organisation même de cette confrontation des conceptions par le système du droit international privé. Que de telles affaires subsistent et soient portées à la connaissance des juges signifie qu'une place leur est malgré tout ménagée, fût-ce de manière implicite, au sein des différents ordres juridiques, même ceux qui comptent parmi les plus restrictifs. Or, l'explication du déclenchement du mécanisme de l'ordre public international doit être cherchée plutôt dans la force symbolique de questions relatives au statut personnel et moins dans une incompatibilité frontale de l'ordre public international avec les solutions des droits reconnaissant ces liens de filiation inédits. C'est la raison pour laquelle il est opportun d'étendre une tendance déjà observée en droit international privé de l'Union européenne, qui consiste à dissocier la solution relative aux effets d'une filiation, d'une part, et, d'autre part, l'appréciation de l'existence même du lien de filiation[1158]. Une telle dissociation peut en effet faciliter l'adoption de solutions conciliant les considérations matérielles des ordres juridiques en présence. De telles

[1158] En faveur d'une telle solution BUCHER Andreas, « La migration de l'état civil », *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans Van Loon*, Intersentia, Antwerp, 2013, pp. 101-112, spéc. pp. 111-112.

solutions sont déjà en place, au moins partiellement, à propos des problèmes relatifs à la responsabilité parentale, aux obligations alimentaires et aux successions.

Les liens de filiation dont la circulation des effets sera examinée ci-après, seront des liens créés à la suite d'une gestation pour autrui, de l'accès coordonné à une fécondation artificielle par un couple de femmes et à la suite du recours à une technique de procréation médicalement assistée effectuée *post mortem*. Seront également abordées certaines des difficultés qui se font jour lorsque les liens de filiation sont établis envers plusieurs personnes de façon incompatibles, ou lorsqu'on a procédé à une fécondation artificielle en dépit de la rétractation du consentement du mari ou du compagnon. (affaires *Nachmani* et *Evans*). L'examen de ce dernier aspect de la problématique entrepris dans ce titre s'effectuera sous le prisme de la réglementation de droit international privé de l'Union européenne et sera ponctuellement mis en parallèle avec les solutions relatives à des situations internationales qui dépassent un cadre strictement régional.

CHAPITRE 7

LES EFFETS PERSONNELS DE LA FILIATION

Comme cela sera montré dans les pages qui suivent, les éléments constitutifs de l'état des personnes, en tant que leur détermination est une question préalable à la responsabilité parentale et à des relations qui lui sont connexes, exercent une influence sur la circulation internationale de cette responsabilité et de ces relations connexes. Dans le traitement des questions préalables que présuppose le règlement de la responsabilité parentale, l'attention est attirée par une certaine persistance de la règle de conflit. Toutefois, la réglementation d'aspects liés aux effets personnels de la filiation, comme les enlèvements internationaux et le droit de visite, notamment par les règles du droit de l'Union européenne, témoigne du dépassement ou de l'affaiblissement[1159] de la règle de conflit en matière de filiation. La constatation de la marginalisation du jeu de la règle de conflit en matière de filiation constitue un argument de plus en faveur d'une résolution des questions préalables qui s'inspirerait de la méthode de la reconnaissance, sur le modèle des développements que cette méthode a inspirés dans les pages précédentes. Une telle extension marquera un allègement du contrôle de la circulation des situations nées d'une assistance médicale à la procréation.

Les problèmes relatifs à la responsabilité parentale et la place des méthodes dans leur réglementation seront mis en lumière à partir de trois hypothèses.

1ère Hypothèse : recours à une gestation pour autrui. Soit un couple formé par un Français et une Américaine vivant à New York. Dans l'impossibilité d'avoir des enfants, le couple a recours à une gestation pour autrui en Illinois avec une mère porteuse américaine. Après la naissance de jumeaux, la jeune famille retourne à New York. Quelques années plus tard, elle déménage en France. Un conflit naît entre eux et une procédure en divorce est initiée en France, à laquelle est jointe une action relative à la responsabilité parentale. La femme revendique la responsabilité parentale et la garde de ses enfants. Le mari s'oppose à cette attribution en alléguant que son épouse n'est pas la

[1159] Pour l'idée du rétrécissement du rôle de la règle de conflit en matière des effets de la filiation v. BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, t. II, partie spéciale, 3ème édition, Paris, 2014, pp. 259-260, n° 781-782.

mère des enfants et qu'elle ne peut par conséquent pas se voir attribuée la responsabilité parentale à leur égard.

Une variante de cette hypothèse serait celle dans laquelle la femme aurait déjà obtenu une décision d'attribution exclusive de la responsabilité parentale aux États-Unis et tenterait par la suite de la faire reconnaître en France en raison du déplacement du père avec ses enfants vers ce pays. La situation serait encore différente si le couple n'avait vécu aux États-Unis que pour une très courte période et que le divorce serait survenu presque immédiatement après la naissance des enfants.

2ème Hypothèse : recours à l'insémination artificielle par un couple de femmes. La deuxième hypothèse représente un scenario qui sera dans un avenir proche de plus en plus fréquent. Un couple composée de deux femmes a recours à une insémination artificielle avec donneur au Québec, où se trouve leur résidence habituelle. La première femme est canadienne tandis que la deuxième a la double nationalité canadienne et française. La femme canadienne française porte l'enfant conçu avec les ovules de sa partenaire et le sperme d'un donneur[1160]. Des problèmes peuvent naître tout d'abord si la femme ayant la double nationalité rentre avec l'enfant dans son pays d'origine et revendique en justice la responsabilité parentale de l'enfant en cause. Dans un tel scenario la première compagne pourrait demander le retour des enfants sur la base de la Convention de La Haye du 1980, si le déplacement vers le pays d'origine a eu lieu en violation de la réglementation relative à la responsabilité parentale.

Des difficultés de nature différente peuvent surgir d'une situation dans laquelle la femme canadienne obtient avant le départ de sa compagne une décision lui reconnaissant le droit à la responsabilité parentale. La nature du contentieux peut varier selon que l'une des conjointes revendique le retour des enfants ou simplement la reconnaissance de ses droits découlant de la responsabilité parentale dans le but de pouvoir les exercer conjointement avec l'autre parent.

La situation décrite peut d'ailleurs être entièrement localisée au sein de l'Union européenne. Il se peut donc que le couple soit formé d'une femme française et d'une femme suédoise et que leur résidence habituelle se trouve en Suède. La femme suédoise

[1160] Comme il ressort de l'étude de droit comparé menée dans le premier chapitre, la législation du Québec permet l'établissement d'un double lien de filiation monosexué. V. notamment LAVALLÉE Carmen, « Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois : une égalité à géométrie variable », *R.I.D.C.* 2012, pp. 13-34, spéc. pp. 18-20 ; ROY Alain, « Le droit de la famille- Une décennie d'effervescence législative », *La Revue du Notariat* septembre 2003, pp. 215-269, spéc. pp. 253 et s.; ROY Alain, « La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée » ?, *La Revue du Notariat* mars 2003, pp. 119-125.

donne naissance à un enfant conçu avec le matériel génétique de sa partenaire française et les deux femmes réussissent à être inscrites en tant que parents dans le certificat de naissance étant donné qu'elles ont suivi la procédure instituée par la loi suédoise. On peut encore supposer que le couple mène une vie familiale paisible en Suède pour une période importante par exemple de cinq ans. Une difficulté peut surgir dans le cas d'une internationalisation ultérieure de la situation si le couple s'installe en France. D'autres problèmes peuvent apparaître en présence d'une procédure de divorce engagée en France ou en Suède lors de laquelle la question de la réglementation de la responsabilité parentale peut aussi se poser. Si l'ex-conjointe de la femme ayant porté l'enfant ne l'a pas adopté, cette dernière pourrait tenter par le biais d'une procédure engagée en France de se voir attribuer à titre exclusif le droit à la responsabilité parentale. L'ex-épouse défenderesse face à une demande d'attribution exclusive n'aurait d'autre titre à opposer que l'acte de naissance établi en Suède, et dans le cas où le divorce et la responsabilité parentale seraient réglées en Suède la chose jugée de la décision suédoise. En l'absence de décision portant sur le lien de filiation le juge devra pour régler le problème de la responsabilité parentale s'interroger à titre incident sur l'existence d'un lien de filiation et, par conséquent, aussi en ce qui concerne le droit applicable à celle-ci.

3ème Hypothèse : recours à l'insémination artificielle et pluriparentalité. Un rapide regard comparatif porté sur quelques droits étrangers révèle la diversité considérable des modèles de réglementation non seulement pour ce qui concerne l'accès à la procréation médicalement assistée, mais aussi pour ce qui concerne les liens de filiation et les droits parentaux créés suite à l'accès à une technique de procréation. Aux États-Unis et au Canada, l'importance des décisions de justice en tant que sources du droit et le rôle moindre que la législation remplit à cet égard ont facilité la création de modèles de filiation jusqu'alors inédits. Parmi ces modèles ou configurations de famille on constate des formes de pluriparentalité. Ainsi, la Cour d'appel d'Ontario a reconnu en 2007 la compagne de la mère en tant que troisième parent légal d'un enfant ayant également un lien juridique avec un homme[1161]. Une situation peut donc surgir impliquant un couple de femmes françaises ou de deux femmes grecques résidant de manière permanente aux

[1161] *A. A. c. B.B.*, 2007, ONCA V. aussi l'arrêt de la Cour suprême de Canada *Alliance for Marriage and Family c. A.A.*, 2007 CSC 40 consultable sur le site suivant : <http://www.lexisnexis.ca/documents/2007csc40%20(3).pdf> dernière visite le 12.10.2016. Dans ce dernier arrêt la Cour suprême de Canada a débouté l'*Association Alliance for Marriage and Family* au motif qu'elle n'avait pas la qualité d'agir contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Ontario parce qu'elle n'a pas prouvé avoir un « *intérêt personnel particulier dans l'issue du litige* » (pt. 10 de l'arrêt).

États-Unis ou au Canada et ayant recours à une insémination artificielle avec un donneur dont l'identité serait connue. Dans une telle situation il est possible que le donneur demande en justice, quelques années après la naissance de l'enfant, l'attribution d'un droit de visite. D'autres problèmes peuvent naître ou s'accroître en raison d'une internationalisation de la situation dans le cas où le couple décide de déménager en France ou en Grèce – ou dans un autre pays ne reconnaissant pas des formes de pluriparenté. Un tel déplacement peut avoir lieu dans le dessein de priver le donneur de tout droit relatif à la responsabilité parentale de l'enfant. Un contentieux pourrait donc naître si le donneur se rend dans le pays d'établissement de la famille et demande la reconnaissance de la décision américaine lui accordant un droit de visite ou dans le cas où il agit directement devant les juridictions du pays de la résidence habituelle de la famille pour revendiquer la reconnaissance d'un tel droit.

À partir de l'examen des hypothèses qui viennent d'être décrites, nous tenterons dans un premier temps de mettre en lumière la nature et le type des problèmes qui peuvent surgir dans le contexte de la réglementation des effets d'une filiation. Nous constaterons de la sorte un champ de persistance de la règle de conflit (1ère SECTION) qui n'arrive pourtant pas à ébranler l'impression du dépassement progressif de celle-ci en matière de filiation, dépassement dont certaines manifestations explicites se trouvent aussi dans la réglementation des effets personnels des liens de filiation (2ème SECTION).

SECTION 1

PERSISTANCE DE LA RÈGLE DE CONFLIT EN MATIÈRE D'EFFETS PERSONNELS

Des éléments de persistance de la règle de conflit se constatent, dans un premier temps, dans la manière dont la théorie générale conçoit encore le problème des questions préalables (§ 1). Elle s'affirme, dans un second temps, aussi dans une partie du contentieux relatif aux effets personnels d'un lien de filiation (§ 2).

§ 1. La persistance de la règle de conflit dans la conception du problème de la question préalable

La persistance du jeu de la règle de conflit ressort tout d'abord de la manière dont la théorie générale du droit international privé conçoit le problème de la question préalable. Les termes dans lesquels le problème se pose et la place consacrée à cette discussion dans la doctrine, révèlent qu'un rôle revient au jeu de la règle de conflit indépendamment de son contexte. Nous rappellerons les positions principales au niveau national (A) et au niveau européen (B).

A. QUESTIONS PRÉALABLES AU NIVEAU NATIONAL

Le problème de la question préalable au niveau national est assez fréquemment traité selon la *lex fori* (1) malgré les arguments avancés au soutien de la *lex causae* (2). Cependant, les discussions menées à ce jour n'ont pas abouti à l'adoption d'une solution explicite quant à la résolution de ce problème (3). Il est permis de penser que l'absence d'une solution explicite relativement aux questions préalables tout en montrant la nécessité de consultation de la règle de conflit contient en germe des éléments indicatifs de son recul.

1. La prépondérance tacite de la lex fori en droit international privé comparé.

Le débat connu de la théorie générale du droit international privé, porte sur la question de savoir si le droit applicable à la question préalable sera désigné par les règles de conflit de la *lex causae* ou par les règles de conflit du for. Le problème surgit lorsqu'un droit

étranger est désigné comme étant applicable à la question principale parce que dans le cas inverse, l'application du droit du for ne suscite pas d'hésitation. La solution qui semble prévaloir en droit international privé des nombreux pays est celle préconisant la résolution des questions préalables selon la règle de conflit du for. En France la solution a été consacrée dans les arrêts *Ponnoucanamale*[1162] et *Bendeddouche*[1163], les doutes ayant été définitivement dissipés avec l'arrêt *Djenangi* du 22 avril 1986[1164]. Le raisonnement en termes des règles de conflit du for ne fait pas de doute non plus en Belgique[1165]. En Grèce il n'existe pas de solution fixe sur ce problème[1166]. On a observé que souvent dans la jurisprudence grecque le problème de la question préalable, soit passe inaperçu, soit n'est pas abordé et est résolu implicitement[1167]. Cette approche favorise en pratique l'appréciation de la question préalable *lege fori* [1168] ou plus généralement selon les conceptions du droit substantiel du for. Selon un autre avis l'absence de règle de portée générale sur la question préalable laisse au juge la marge de choisir la solution la plus adaptée au cas par cas[1169]. La souplesse dans la résolution du problème de la question préalable est aussi celle du droit international privé anglais. Selon cette approche il est considéré préférable de ne pas résoudre le problème des questions préalables sur la base d'une théorie générale et abstraite mais de mesurer les conséquences pratiques de la solution apportée au cas par cas afin de décider comment résoudre le problème[1170]. Il est possible de considérer que cette souplesse est aussi soutenue par des arguments avancés en faveur de la solution alternative proposant la consultation des règles de conflit de la *lex causae*.

1162 Civ., 21 avril 1931, S. 1931, 1, 377, note par NIBOYET Paulin.
1163 Civ. 1re, 3 janvier 1980, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 331, note BATIFFOL Henri, *JDI* 1980, p. 327, note par SIMON DEPITRE.
1164 *Rev.crit DIP* 1988, p. 302, note BISCHOFF ; *JDI* 1986, p. 1025, note SINAY-CYTERMANN ; LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, de VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, *Droit international privé*, 10ème éd., DALLOZ, Paris, 2013, pp. 271-272.
1165 RIGAUX François, FALLON Marc, *Droit international privé*, 3ème éd., LARCIER, 2005, pp. 245-250 et spéc.p. 248, no 6.33.
1166 VRELLIS Spyridon, *Droit international privé*, 3ème éd., NOMIKI VIVLIOTHIKI, Athènes, 2008, p. 106-109 [en grec] ; GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé*, 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS, 2010 ; pp. 103-107, spéc. p. 106[en grec].
1167 GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé*, 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS, 2010 ; p. 104.
1168 Se prononçant en faveur des règles de conflit du for v. Cour d'appel de Théssalonique 2085/1987, *Arm* 1988, p. 362.
1169 En ce sens et en faveur de cette souplesse v. GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit international privé*, 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS, 2010 ; p. 106 [en grec].
1170 *DICEY, MORRIS AND COLLINS ON THE CONFLICT OF LAWS*, vol. 1, 15ème éd., SWEET & MAXWELL, Londres, 2012, p. 56, no 2-051.

2. L'alternative de l'application des règles de conflit de la lex causae.

MM. MELCHIOR et WENGLER sont à l'origine de l'idée d'appliquer à la question préalable la loi matérielle désignée par les règles de conflit de lois de la *lex causae*. Un argument principal en faveur de l'application à la question préalable de la règle de conflit du pays dont la législation est applicable à la question principale est l'uniformité des décisions du for et des juridictions dont la loi matérielle est reconnue applicable par le for[1171]. Cette recherche d'harmonie internationale des décisions est souhaitable en particulier lorsque le for et le pays de la *lex causae* appliquent à la question principale la même réglementation matérielle[1172]. La recherche d'uniformité des décisions par le biais de l'application des règles de conflit de la *lex causae* est aussi justifiée par une conception des règles de conflit des lois en tant que système de règles de conduite des personnes privées et non comme un ensemble de règles adressées uniquement aux juges[1173]. Derrière cette idée se trouve la réflexion qu'il appartient à l'ordre juridique dont la loi est désignée applicable et dont la compétence législative est admise par un ensemble des ordres juridiques ayant des liens avec la situation en cause, de régler aussi la question préalable. Une personne pourrait donc légitimement croire dans ce cas qu'il faut se comporter selon les règles de celui-ci. Pourtant des critiques sérieuses ont été adressées à l'encontre de cette solution.

WENGLER déjà était conscient de la critique adressée contre sa proposition qui lui reprochait que la possibilité d'atteindre l'objectif de l'uniformité des décisions entre les juridictions différentes était en réalité très mince[1174]. D'ailleurs, la théorie de la *lex causae* a fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales dans plusieurs pays européens[1175]. Toutefois, les critiques de la théorie de la *lex causae* n'ont pas amené à la consécration explicite de la solution inverse.

3. L'absence de solution explicite dans les droits nationaux.

En dépit des arguments formulés en faveur de l'application des règles de conflit du for sur les questions préalables, cette solution n'est pas consacrée explicitement, même dans

---

1171 WENGLER Wilhelm, « The general principles of private international law », *RCADI* 1961-III, pp. 279-469, spéc. pp. 369-371.
1172 WENGLER Wilhelm, « The general principles of private international law », *op. cit.*, p. 370.
1173 WENGLER Wilhelm, « The general principles of private international law », *ibid.*.
1174 WENGLER Wilhelm, « The general principles of private international law », *op.cit.*, p. 372.
1175 Aux Pays-Bas v. van HOOGSTRATEN M. H., « Le droit international privé néerlandais et la question préalable », in *De Conflictu Legum*, *Mélanges offerts à Roeland Duco Kollewijn et Johannes OFFERHAUS*, pp. 209-225. En Belgique v. RIGAUX François, FALLON Marc, *Droit international privé*, 3ème éd., LARCIER, 2005, pp. 245-250 et spéc.p. 247-248, nº 6.33.

les textes les plus récents de codification nationale du droit international privé comme le code belge de droit international privé ou encore le code polonais de droit international privé[1176]. Il peut être déduit du silence des législateurs nationaux sur ce problème que le manque de clarté dans sa solution n'est pas considéré comme un inconvénient majeur pour la réglementation des rapports privés internationaux. En tous les cas la disparition de l'incertitude n'a pas été à ce jour un motif suffisant pour qu'une réponse explicite soit apportée au problème de la question préalable. Les données jurisprudentielles de pays différents indiquent une prévalence de la théorie relative à la consultation des règles de conflit du for. Toutefois, l'omission de solution explicite peut être considérée comme indice d'une flexibilité plus importante que celle qui aurait existé dans le cas où le législateur militerait en faveur de l'application des règles de conflit du for dans toutes les circonstances. La marge laissée aux juges nationaux peut aussi être interprétée comme un indice du rôle variable et relatif de la règle de conflit. Cette lecture est confortée dans la mesure où la mise en œuvre de la règle de conflit ne dépend pas exclusivement du texte qu'elle énonce mais aussi des considérations extérieures à ce texte, comme celles relatives à la reconnaissance d'une situation déjà constituée. Il ne serait pas en ce sens déplacé de soutenir que le manque de solution claire quant au problème de la question préalable est indicatif, du moins dans certains domaines du droit international privé, d'une règle de conflit dont l'intervention ne se conçoit pas en termes stricts et rigides.

L'émergence du droit international privé européen ne semble pas pour l'instant bouleverser les termes du débat.

B. QUESTIONS PRÉALABLES AU NIVEAU EUROPÉEN

Au niveau de l'Union européenne on assiste à une extension de la discussion déjà menée au niveau national entre théorie de la *lex fori* et théorie de la *lex causae* (1). La reprise des termes de la discussion au niveau européen atteste de la persistance de la règle de conflit. Un autre élément en ce sens découle du fait qu'on envisage qu'une solution à ce problème peut découler d'une unification de règles de conflit en matière de filiation (2).

[1176] Loi portant le Code de droit international privé, 16 juillet 2004 ; CARLIER Jean-Yves, FALLON Marc, MARTIN-BOSLY Bernadette, *Code de droit international privé*, (textes au 1er juillet 2012), 5ème éd., BRUYLANT, Bruxelles, 2012.

1. Extension de la discussion entre théorie de la lex fori et lex causae

Le problème de la question préalable est conçu en des termes identiques à ceux qui existent au sein d'un ordre juridique national, ce qui indique un besoin général de consultation de la règle de conflit à ce stade. Il faut, toutefois, ajouter qu'il n'existe pas à ce jour au sein du droit international privé européen une solution explicite dans un sens ou dans un autre à propos de la résolution des questions préalables. En principe, le droit de l'Union européenne renvoie aux autorités locales pour la résolution des questions qui ne relèvent pas de sa compétence. Ainsi, les considérants 8 et 10 des règlements Rome I et Rome II respectivement renvoient, dans l'objectif d'exclure de leur champ d'application, « *au droit de l'État membre dans lequel la juridiction est saisie* » pour interpréter « *des relations qui ont des effets comparables au mariage et aux autres relations de famille* ». Un renvoi similaire n'existe toutefois pas dans le règlement Bruxelles II bis pour déterminer ce qu'on entend par lien de filiation. En dépit de ces éléments de réponse, la question de savoir si au lieu d'une approche fixe il est préférable de maintenir la flexibilité reste ouverte. Certes le droit de l'Union européenne reconnaît une marge à l'ordre juridique du for pour décider comment résoudre la question préliminaire. Cela ne signifie pour autant pas qu'il manifeste une faveur pour l'une ou l'autre approche. Il ressort donc que les ordres juridiques étatiques sont libres d'adopter l'approche qu'ils considèrent la plus appropriée, au moins dans les matières qui relèvent de leur compétence exclusive. La solution de l'application des règles de la *lex fori* a été envisagée dans la doctrine comme une solution adaptée au droit international privé de l'Union européenne.

2. La théorie de la lex fori et perspectives d'unification des règles de conflit en matière de filiation

Nous pourrions avancer à l'appui de l'application de la théorie de la *lex fori* dans le contexte de l'Union européenne qu'il s'agit d'une solution qui garantit plus de clarté et de prévisibilité des solutions et qui évite la difficulté pratique qui résulte de l'application d'un droit international privé étranger. Il a de plus été observé que d'autres solutions possibles, comme celle d'une interprétation autonome des questions préalables, constitueraient un dépassement de la compétence du législateur européen pouvant saper les fondements et décrédibiliser le système de droit international privé de l'Union européenne. La proposition de l'application des règles de conflit du for peut en outre être promue si l'harmonisation de règles de conflits en matière d'état des personnes avance.

L'idée de l'harmonisation de la règle de conflit au niveau européen a été parmi les propositions envisagées dans le livre vert en matière d'état civil. La solution n'a pas été retenue dans le texte de la proposition de règlement du parlement et du conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne. Malgré cela une réflexion dédiée à l'étude du problème des règles de conflit relatives aux liens de filiation est engagée en doctrine au niveau européen. Par conséquent, l'unification progressive du droit international de la famille peut conduire aussi à l'unification des règles de conflit en matière d'état des personnes. Cette unification n'efface toutefois pas le problème des questions préalables dans la mesure où ces règles de conflit peuvent aussi conduire à l'application du droit d'un État n'adoptant pas les mêmes règles de conflit en matière d'état des personnes. Dans un tel cas, l'unification absorberait le problème de la question préalable chaque fois que la règle de conflit conduirait au droit matériel d'un État ayant les mêmes règles de conflit de lois. Pour le reste l'adoption explicite de l'approche *lege fori* est requise.

Cependant, force est de constater la difficulté politique d'aboutir à l'harmonisation des règles de conflit en matière de statut personnel en raison des fortes divergences culturelles bien que des avis soient exprimés, notamment en doctrine allemande, en faveur de celle-ci. Les doutes exprimés à l'encontre d'un tel projet concernent le fondement de la compétence de l'Union européenne pour procéder à l'adoption d'un règlement portant sur l'unification des règles de conflit en matière d'état des personnes, vu le principe de subsidiarité et le principe du respect des identités nationales.

En dehors de ces réserves exprimées à l'encontre de l'harmonisation des règles de conflit nous sommes de l'avis que l'approche *lege fori*, même si elle a des mérites indéniables, ne doit pas être une solution généralisée sans égard dans le domaine du droit international privé européen. En particulier, en matière du droit de la famille s'interroger uniquement selon l'ordre juridique du for ne doit pas constituer la voie exclusive. Il faut ne pas exclure la prise en compte de la solution avancée par le système des conflits de lois de la *lex causae* ou même encore d'autres systèmes juridiques ayant un lien étroit avec la situation en cause. Alternativement, une solution pourrait combiner l'approche *lege fori* avec la règle matérielle inspirée du mécanisme de la possession d'état examinée ci-dessus.

Avant toutefois d'envisager la mise en œuvre d'une telle solution examinons le domaine de celle-ci telle qu'elle ressort de l'examen de problèmes relatifs aux effets de la filiation.

§ 2. La persistance de la règle de conflit dans le contentieux relatif aux effets personnels de la filiation

Les réponses apportées ci-après aux problèmes de droit international privé des effets personnels de la filiation indiquent une persistance de la règle de conflit. Il ressort des développements qui suivent que la règle de conflit en matière de filiation continue encore à exercer une influence sur la réglementation des effets personnels. Son impact se ressent plus en présence de liens de filiation, dont la création n'a pas nécessité une décision judiciaire. Cependant, ce type de liens de filiation ne se trouve pas dans une situation fondamentalement différente de celle de liens créés grâce à une telle décision. Notre exposé commencera par l'examen du problème de la responsabilité parentale des enfants issus d'une gestation pour autrui (A) pour voir par la suite comment le problème se règle pour un enfant né d'un projet homoparental (B).

A. RESPONSABILITÉ PARENTALE DES ENFANTS ISSUS D'UNE GESTATION POUR AUTRUI

La persistance du rôle de la règle de conflit se manifèste, quoique de manière différente, aussi bien au sein d'un ordre juridique prohibitif, à savoir l'ordre juridique français (1) qu'au sein d'un ordre juridique permissif, à savoir l'ordre juridique grec (2).

1. Au sein d'un ordre juridique prohibitif : l'ordre juridique français

La première hypothèse choisie n'a pas – à notre connaissance – encore surgi dans un cadre international mais n'est pas originale, puisque une situation aux faits similaires a déjà surgi dans un contexte interne. Il s'agit de l'arrêt de 1994 de la Cour de cassation[1177].

[1177] Civ. 1ère, 29 juin 1994, *Bull. civ.* I, no 226, p. 165 ; *JCP* 1994. IV. 2153 ; *RTDciv.* 1994, p. 842, obs. Hauser Jean ; *JCP* 1995. II. 22362, note RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline ; Sur cet arrêt v. aussi GUTMAN Daniel, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, préf. François Terré,

Dans cette affaire amenée à la connaissance des juridictions françaises un couple a eu recours à une gestation pour autrui traditionnnelle. La gestatrice fut inséminée avec le sperme du mari et elle a reconnu l'enfant à sa naissance. Ensuite, elle a consenti à l'adoption de l'enfant par l'épouse-mère d'intention mais l'époux a refusé de s'associer à la demande de son épouse. En raison de ce comportement la mère d'intention est partie du domicile conjugal en emmenant l'enfant et elle a par la suite déposé une requête en adoption plénière. En dépit du refus du mari de consentir à l'adoption plénière de l'enfant, le tribunal de grande instance a accueilli la demande de l'épouse. La Cour d'appel de Poitiers a infirmé partiellement la décision en prononçant l'adoption simple. L'arrêt fut cassé par la Cour de cassation au motif que l'adoption constituait le point d'aboutissement d'un processus d'ensemble visant au détournement de cette institution. Les circonstances ayant conduit à ce résultat, dont l'opportunité a été critiquée[1178], peuvent se reproduire dans un contexte international.

Pour ce qui concerne le cas de figure hypothétique, nous constaterions que les juridictions et règles françaises sont compétentes, tant en ce qui concerne le divorce, qu'en ce qui concerne la responsabilité parentale (grâce à la résidence habituelle de la famille et de l'enfant en France, art. 1070 du C. proc. civ. et art. 5 § 1 et art. 16 § 1 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants). Les juges français devraient donc pour résoudre le problème de la responsabilité parentale déterminer la qualité des parents, ce qui nécessiterait d'identifier le droit applicable à la filiation. Le besoin de détermination des parents en droit français découle du fait que la responsabilité parentale est en principe attribuée aux parents de l'enfant (art. 371-1 al. 2 du C. civ.)[1179]. Si le couple avait eu recours à une décision préalable au processus de la gestation pour autrui, les juges français seraient amenés –conformément à la jurisprudence de la cour de cassation considérant comme indissociable un jugement portant sur l'état d'une personne avec

---

L.G.D.J., Paris, 2000, pp. 60-62 ; (pourvoi formé contre Poitiers, 22 janvier 1992, HAUSER Jean, « Maternité de substitution, une fronde poitevine ? » *D.* 1992, p. 553). Une affaire impliquant un problème de détermination des parents en présence d'un divorce du couple ayant initié la gestation pour autrui a surgi devant les tribunaux de Californie ; *In Re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (Ct. App. 1998). En l'espèce, les faits étaient différents parce que c'était le mari qui contestait sa paternité en raison de l'absence de lien génétique. Contrairement, à l'affaire ayant conduit à l'arrêt du 29 juin 1994 de la Cour de cassation dans cette affaire c'était le père d'intention qui prétendait ne pas avoir aucun lien de droit avec l'enfant né de la gestation pour autrui.

1178 V. en particulier : *JCP* 1995. II. 22362, note RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline.

1179 Article 371-1 al. 2 : « *Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ».

l'acte d'état civil établi selon ce jugement[1180] – à contrôler l'efficacité du jugement d'Illinois. Toutefois, un tel jugement n'est pas requis selon la législation d'Illinois pour que les intéressés puissent avoir accès à la gestation pour autrui et établir en leur faveur les liens de filiation. En l'absence de décision, les juges devraient, donc, consulter aussi bien le droit français applicable à la question de la responsabilité parentale que la règle de conflit applicable en matière de filiation. Certes, la possibilité qu'« un tiers » assume la responsabilité parentale (article 371-4 al. 2 et articles 377 et s. du Code civil) n'est pas exclue en droit français, même si cette voie n'a pas encore été exploitée en jurisprudence dans le but d'assurer l'exercice de la responsabilité parentale par une mère d'intention. Il faut, néanmoins, noter que des avis ont été exprimés en doctrine en faveur d'une telle solution[1181]. D'aucuns, pourraient reprocher à une telle solution que son admission signifierait en quelque sorte la négation ou l'affaiblissement du lien de la filiation de la gestatrice, mère selon la conception actuelle du droit français[1182].

La détermination donc des parents et, par conséquent, la mise en œuvre de la règle de conflit de l'article 311-14 du Code civil français, désignant comme applicable la loi de la nationalité de la mère au jour de la naissance de l'enfant, joueront un rôle déterminant pour la résolution du problème. Ceci dit, la loi d'un État fédéré des États-Unis sera applicable à l'existence de la filiation, ce qui ajoute une difficulté supplémentaire en raison du caractère plurilégislatif du système des États-Unis. Dans des tels systèmes, face à une règle de conflit retenant comme élément de rattachement la nationalité il est proposé de dégager un rattachement subsidiaire, par exemple le domicile par le biais de l'interprétation de la règle de conflit en cause[1183]. Selon une telle solution, le droit de New York serait désigné applicable dans notre exemple. Son application débouchera en principe à la reconnaissance du lien de filiation en faveur de la mère d'intention. Le même résultat sera atteint si on suppose que le droit d'Illinois est applicable. Indépendamment du droit retenu comme applicable, la mère d'intention sera

---

[1180] Comme il a été souligné par Madame Françoise MONÉGER, conseillère à la Cour de cassation « *quand un acte de l'état civil étranger est dressé en exécution d'un jugement étranger, il en est indissociable et les magistrats doivent vérifier que les conditions de la régularité internationale de ce jugement sont remplies : compétence du juge, absence de contrariété du jugement avec l'ordre public international français et absence de fraude* », information puisée dans M. ANDRÉ, A. MILON, et H. de RICHEMONT, Rapport d'information fait au nom de la Commission des Affaires sociales et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Sénat français, n° 421, Session ordinaire 2007-2008, p. 49.

[1181] V. aussi en ce sens BOLLÉE Sylvain, « La gestation pour autrui en droit international privé », *Trav. com. fr. DIP* 2012-2014, Pédone, Paris, 2015, pp. 215-232, et débats pp. 233-248, spéc. p. 228 ; TERRÉ François, FENOUILLET Dominique, *La famille*, 8ème éd., DALLOZ, Paris, 2011, p. 1044, n° 1018.

[1182] La délégation volontaire ou forcée requiert que « *les deux parents doivent être appelés à l'instance* ».

[1183] En ce sens v. BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, t. I, partie générale, 3ème édition, Paris, 2014, p. 595-596, n° 513.

considérée comme mère. La question donc sera celle de savoir si l'application des dispositions d'Illinois ou de New York portant sur la filiation maternelle est conforme à l'ordre public français.

Les circonstances dans l'exemple présenté ci-dessus se différencient dans une large mesure des affaires surgies devant les juridictions françaises dans le sens qu'en l'espèce les données envisagées indiquent un ancrage fort du couple des parents d'intention aux États-Unis. La reconnaissance donc du lien de filiation maternelle ne paraît pas choquante. Cependant, les conditions dans la mise en œuvre du mécanisme de l'ordre public international n'excluent pas l'éviction du droit étranger applicable, ce qui nous semble comme une solution inopportune.

En dehors de cette dernière observation, il convient de noter que la solution apportée à une telle situation indique un rôle restreint de la règle de conflit dans la résolution du problème de la responsabilité parentale. Cela résulte du fait que la règle de conflit française conduit à un droit n'interdisant pas *a priori* la reconnaissance du lien de filiation de la mère d'intention. Cela sera vrai dans la majorité des situations impliquant des couples se déplaçant de France aux États-Unis ou au Canada pour avoir accès à la gestation pour autrui. Il serait autrement dans le cas où la mère porteuse aurait la nationalité française ou celle d'un pays ne permettant pas l'établissement du lien de filiation entre mère d'intention et enfant né d'une gestation pour autrui. Dans cette dernière hypothèse l'entremise de la règle de conflit française différencie la nature du contrôle de celui exercé selon la méthode de reconnaissance parce qu'elle peut conduire directement au refus de reconnaissance des liens de filiation et affecter directement la réglementation de la responsabilité parentale qui en résulte.

Dans ce type d'affaires, le recours à la règle de conflit efface le jeu de l'ordre public international parce que son invocation ne serait pas nécessaire pour écarter le lien de filiation avec la mère d'intention. Le problème dans la configuration du contrôle dans des situations de ce type est que le refus de reconnaissance se prononce soutenu par un syllogisme d'apparence neutre, celui de la règle de conflit française. D'ailleurs, un autre inconvénient découlant du recours à la règle de conflit dans ces situations est lié au fait qu'elles effectueront souvent un renvoi à la législation d'un État plurilégislatif. L'observation a son importance étant donné qu'un grand nombre des intéressés par la gestation pour autrui se dirige vers les États-Unis et le Canada qui sont des États dans lequels des systèmes de droit ou des ensembles de règles différents s'appliquent.

Ensuite, les affaires impliquant une décision avant la gestation pour autrui, contrôlées selon la méthode de la reconnaissance, ne se différencient pas sensiblement de celles où celle-ci n'est pas indispensable. Les prévisions légitimes, considérées comme un des fondements de la méthode de la reconnaissance en présence de décisions, ne sont pas plus fortes en présence d'une décision d'une juridiction américaine attribuant la parenté aux parents d'intention qu'un acte d'état civil établi en faveur de ces derniers. D'ailleurs, il faut observer que la nature décisionnelle des décisions de juridictions qui permet la création des prévisions légitimes n'est jamais confirmée en doctrine ou en jurisprudence française pour ce qui concerne les décisions en matière de gestation pour autrui. C'est pourquoi nous soutenons que les attentes des couples ayant bénéficié d'une décision et souhaitant d'avoir leurs liens de filiation reconnus par l'ordre juridique de réception ne sont pas moins légitimes que celles des couples qui se déplacent vers une juridiction qui ne prévoit pas la possibilité d'un jugement *a priori*. Nous pensons donc que dans ce domaine spécifique des liens de filiation créés suite à une gestation pour autrui, le changement de méthode en fonction de l'existence ou de l'absence de décision est peu convaincant.

Enfin, il convient d'observer au fond que l'éventuelle éviction de la loi étrangère reconnaissant en tant que mère légale la mère d'intention aboutit à un résultat inéquitable. Comme nous l'avons déjà observé en dépit du recours concerté du couple au processus de la gestation pour autrui, c'est seulement la femme qui en souffre des conséquences de l'interdiction d'établissement du lien de filiation tissé suite à la gestation pour autrui.

2. Au sein d'un ordre juridique permissif : l'ordre juridique grec

Pour les besoins de cet exposé imaginons que dans l'exemple présenté ci-dessus le mari est Grec et que le couple déménage en Grèce. Le contentieux envisagé sera de nouveau, celui d'un divorce et de la réglementation de la responsabilité parentale. Les juridictions grecques seront compétentes aussi bien pour le divorce que pour la responsabilité parentale. Le juge grec, étant lié –comme le juge français– par la Convention de La Haye de 1996[1184], appliquera à la responsabilité parentale le droit grec en vertu de l'article 16 §

[1184] Entrée en vigueur le 7 février 2012.

1[1185]. Ainsi, la question préalable relative à la filiation sera soumise à la règle de conflit de l'article 17 combiné avec l'article 14[1186] du Code civil, qui conduit en l'absence de nationalité commune à l'application de la loi de la résidence habituelle commune au moment de la naissance, à savoir à la loi d'un État fédéré des États-Unis. En conséquence, dans ce cas il n'y aura pas de problème de reconnaissance des effets aux liens de filiation établis à l'étranger.

Il en sera autrement si le couple avait au moment de l'accès à la gestation pour autrui sa résidence habituelle en Grèce. Dans ce cas les articles 17 et 14 conduiront à l'application de la loi grecque. Bien que la loi grecque autorise la gestation pour autrui, le fait que les conditions de la loi grecque ne soient pas remplies risque de conduire à un refus de la reconnaissance du lien de filiation avec la mère d'intention. L'impossibilité de tisser des liens de filiation avec les parents d'intention pourrait être remédiée lorsque la gestation pour autrui a eu lieu en Grèce. Dans ce cas les couples ayant procédé à la gestation pour autrui sans autorisation judiciaire, peuvent créer un lien juridique avec l'enfant par le biais d'une adoption. L'adoption n'est pas possible dans le cas où un couple a accès à une gestation pour autrui à l'étranger conformément à une loi étrangère, ce qui aboutit à une situation inéquitable. Le résultat est d'autant plus injuste que les points de vue des ordres juridiques impliqués convergent.

L'exemple choisi affirme donc la persistance de la règle de conflit dans la réglementation de la responsabilité parentale des enfants nés dans un contexte international. En outre, il indique que la rigidité du mécanisme de la règle de conflit risque de conduire à un résultat qui n'est pas conforme avec la logique du droit matériel du pays de réception. Un tel résultat est inéquitable et il pourrait être évité si la règle de conflit grecque est conçue comme une règle de conflit souple. Une telle souplesse permettrait au juge de passer directement à la troisième alternative de la règle de conflit des articles 17 et 14 du Code civil qui consiste à désigner applicable la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation en cause. Interpréter de manière souple la règle de conflit permettrait de faire l'économie des procédures en dispensant le couple de la nécessité de recourir devant un tribunal grec pour solliciter l'adoption de l'enfant. Toutefois, en l'état actuel de la jurisprudence une telle flexibilité de la part des juridictions grecques ne paraît pas possible. L'intervention donc de la règle de conflit en l'espèce est malvenue. Cela

---

[1185] Article 18 du Code civil grec : « *Les rapports entre parents et enfant sont régis dans l'ordre suivant : 1. par le droit de leur dernière nationalité commune ; 2. Par le droit de leur dernière résidence habituelle commune ; 3. par le droit de la nationalité de l'enfant* ».

[1186] Pour ces dispositions v. *supra* chapitre 3, section 2§2A.1, p. 206 et *seq.*

devient d'autant plus évident si on compare cette situation avec celle d'un recours à une gestation pour autrui ayant nécessité une décision préalable.

Dans l'hypothèse où une décision est intervenue, sa reconnaissance ne devrait pas poser de problème[1187]. En principe la reconnaissance d'une telle décision n'est pas de nature de poser de problème, étant donné que le contrôle de la loi applicable ne fait pas partie des conditions relatives à la reconnaissance de décisions[1188]. Ainsi, en dehors des moyens permettant de contrôler les garanties procédurales dans la prise d'une décision, le contrôle au fond se limite à sa conformité avec l'ordre public international. L'invocation de l'ordre public par l'un des litigants pour s'opposer à la reconnaissance de la chose jugée d'une décision reconnaissant la mère d'intention comme la mère en droit sera difficile en Grèce. Si par conséquent le reste des conditions posées par la Convention de La Haye du 1996 est rempli, une décision prononcée par le juge d'un État fédéré des États-Unis sera reconnue.

Ce dernier exemple révèle une divergence dans la circulation des situations impliquant et d'autres n'impliquant pas de décision rendue à propos de la responsabilité parentale. Il n'existe pour autant rien qui justifierait le risque de discontinuité dans les rapports personnels n'impliquant pas de décision sur la responsabilité parentale. L'attente de la mère d'intention d'être reconnue en tant que mère et de lui reconnaître les droits et les obligations qui suivent la responsabilité parentale en l'absence de décision n'est pas moins légitime et justifiée que celle d'une autre femme ayant eu la possibilité d'avoir recours le premier devant la justice américaine. La différenciation éventuelle dans le traitement de ces deux cas présente un inconvénient supplémentaire. Elle pourrait pousser les individus concernés d'avoir recours devant des juridictions nécessitant un jugement avant l'accès à la gestation pour autrui générant par conséquent, un coût considérablement plus élevé que celui généré lors d'une procédure devant les tribunaux grecs. Des difficultés similaires à celles rencontrées dans le contexte d'une gestation pour autrui se rencontrent également s'agissant de la responsabilité parentale des couples de personnes de même sexe ayant eu recours à une procréation médicalement assistée.

[1187] V. *supra* chapitre 5.
[1188] V. aussi sur les conditions relatives à la reconnaissance des décisions, *supra* chapitre 5, p. 359 *et seq.*

B. RESPONSABILITÉ PARENTALE ET PROJET HOMOPARENTAL OU MULTIPARENTAL

Contrairement à la gestation pour autrui l'ordre juridique français est beaucoup plus ouvert que l'ordre juridique grec à l'égard des liens de filiation créés en faveur de deux personnes même sexe en couple et par conséquent aussi pour ce qui concerne la responsabilité parentale assumée par ce couples.

1. Au sein de l'ordre juridique français

a. Persistance en présence d'un double lien de filiation monosexué

2ème cas de figure. Le deuxième cas de figure envisagé ci-dessus n'est pas non plus une hypothèse d'école. Un contentieux à ses traits a déjà eu lieu aux États-Unis dans l'affaire *Jenkins-Miller v. Jenkins-Miller*. Celle-ci est une des premières affaires ayant soulevé des problèmes intérétatiques entre deux femmes ayant obtenu un enfant par procréation assistée, et vient de l'autre côté de l'Atlantique.

L'affaire *Miller-Jenkins v. Miller-Jenkins*[1189]. *Janet Jenkins* a procédé à un partenariat civil avec sa partenaire *Lisa Miller* à Vermont en 2000. Dans le cadre de leur union civile les deux femmes ont décidé d'avoir un enfant par procréation médicalement assistée. En effet, *Lisa Miller* a accouché d'une fille conçue avec ses gamètes et ceux d'un donneur. En vertu de la législation de Vermont, ce recours conjoint par elles créait des droits parentaux en faveur des deux partenaires. *Lisa Miller* a ultérieurement demandé devant les juridictions de Vermont la dissolution de l'union civile avec sa compagne ainsi que la réglementation de la responsabilité parentale. L'union civile a été dissoute et la responsabilité parentale a été accordée à *Lisa Miller* et des droits de visite ont été reconnus à *Janet Jenkins*. L'issue de l'affaire n'ayant pas satisfait *Lisa Miller*, elle décide de déménager en Virginie et d'avoir recours devant les juridictions locales pour exclure son ex-partenaire de ses droits de visite. En première instance le *Circuit court* de Virginie lui a

[1189] 637 S.E.2d 330 (Va. Ct. App. 2006). Sous *Jenkins v. Jenkins* est connue une série des litiges impliquant un couple de femmes. Pour plus d'informations v. aussi SYMEONIDES C. Symeon, « Choice of Law in the American Courts in 2007: Twenty-First Annual Survey », 56 *Am. J. Comp. L.* 2008, pp. 243-319, spéc. 302-303 ; 912 A.2d 951 (2006), 637 S.E.2d 330 (2006), 661 S.E.2d 822 (2008), 78 S.E.2d 268 (2009) 12 A.3d 768 (2010), 131 S.Ct. 568 (2010) ; v. sur cette affaire aussi AUDIT Mathias, « Bioéthique et droit international privé », *RCADI* 2014, t. 373, pp. 231-447, pp. 375-376, nos 296-297.

donné gain de cause en la reconnaissant comme le seul parent légal de l'enfant, excluant de la sorte l'ex-partenaire de tout droit sur l'enfant. En appel toutefois *Janet* a pu faire renverser la première décision en reposant sur le principe du *Full Faith and Credit* imposant aux juridictions de Virginie de respecter l'ordonnance du tribunal de Vermont lui attribuant des droits de visite. La décision a été confirmée aux phases subséquentes du contentieux. Le différend s'est résolu sur la base des principes de reconnaissance de jugements entre les différents États. Il n'était pas question d'identification du droit applicable en raison du caractère purement interne de l'affaire pour les États fédérés impliqués. Les deux femmes avaient la même nationalité et les déplacements effectués ont eu lieu dans le même pays. Il n'en reste moins que la problématique du conflit de lois peut surgir dans d'autres circonstances. Il est probable par exemple si l'une des deux partenaires d'un couple se déplace avec l'enfant vers un autre pays avant même le prononcé d'une quiconque décision, voire avant la naissance de l'enfant.

L'exemple sur la base duquel nous avons choisi de raisonner, similaire à celui de *Miller-Jenkins c. Miller-Jenkins*, concerne également un conflit de procédures. Envisageons successivement les deux procédures probables. L'une pourrait porter sur la responsabilité parentale et elle pourrait être entamée devant les juridictions françaises. En fait, les articles 5 et suivants de la Convention de La Haye du 1996 sur la compétence des juridictions en matière de responsabilité parentale ne fonderaient pas la compétence des juridictions françaises parce que l'enfant est déplacé illicitement et l'écoulement du temps n'aurait pas été suffisant pour conclure à la constitution d'une nouvelle résidence habituelle au pays du refuge. Par conséquent, la compétence des juridictions françaises ne serait pas être établie dans les conditions de l'article 7 § 2 de la Convention. Une voie pour qu'un tribunal français puisse fonder sa compétence serait celle d'une demande conformément à l'article 9 de la Convention de La Haye (combiné avec l'article 8 § 2 a, d, de la Convention) auprès de l'autorité judiciaire du pays de la résidence habituelle dans le but de lui permettre d'exercer sa compétence pour prendre des mesures de protection.

Ainsi, il faut retenir que le juge français ne serait pas compétent pour se prononcer sur la question de la responsabilité parentale dans la situation envisagée. Il faut néanmoins prendre en considération le risque qu'un juge tente de fonder sa compétence en l'espèce en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne en matière d'enlèvement d'enfants[1190]. En principe, le juge ne doit pas se reconnaître comme

[1190] Le dernier état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre que la Cour se veut plus respectueuse relativement à la Convention de La Haye (CEDH, gr. Ch., 26 nov. 2013, n° 27853/09, X. c/Lettonie : JurisData n° 2013-026544 ; *Dr. famille* 2012, comm. 31, note BRUGGEMAN

compétent dans des circonstances pareilles comme le confirme aussi la prudence manifestée dans le dernier état de la jurisprudence de la Cour européenne.

Si un tribunal français se reconnaît compétent, il sera par la suite nécessaire de déterminer le droit applicable à la responsabilité parentale. Étant donné qu'en l'espèce il ne semble pas possible d'alléguer la constitution d'une nouvelle résidence habituelle en France, c'est le droit québécois qui serait applicable à la question de la responsabilité parentale (article 16 § 1 de la Convention de La Haye du 1996). Cela ne dispenserait toutefois pas les juges de s'interroger sur question préalable de la filiation. Si la femme qui accouche de l'enfant était retenue comme la mère pour les besoins d'interprétation de l'article 311-14 C. civ., le droit français serait applicable, étant donné que la nationalité française prévaut sur celle du Canada comme la nationalité du for. Selon cette interprétation du droit français la mère ayant un lien génétique avec l'enfant ne pourrait pas être considérée en tant que parent. Si, néanmoins, au lieu de faire prévaloir les règles de conflit du for pour la résolution de la question préalable on consulte la solution de la *lex causae* nous constaterions certainement que la femme ayant un lien génétique avec l'enfant est l'un des deux parents de l'enfant. Ainsi, l'article 3091 al. 1 du Code civil québécois prévoit que « *L'établissement de la filiation est régi par la loi du domicile ou de la nationalité de l'enfant ou de l'un de ses parents, lors de la naissance de l'enfant, selon celle qui est la plus avantageuse pour celui-ci* »[1191] . Cette disposition prévoyant que l'une des six lois est potentiellement compétente peut favoriser l'établissement de la filiation. On observe, néanmoins, qu'en parlant de la loi la plus avantageuse cela ne signifie pas nécessairement qu'il faut dans tous les cas faire prévaloir la loi permettant l'établissement de la filiation[1192]. En l'espèce, l'établissement ne devrait pas susciter de réserves. Toutefois, il y aurait la question de savoir si cette solution serait conforme à l'ordre public international ou plus encore s'il serait possible d'opposer l'ordre public international à l'application de la solution de *lex causae*. Il existe de fortes chances que l'ordre public intervienne. En tout

---

M. ; v. Chronique Droit de la Convention européenne des droits de l'homme par Frédéric SUDRE, *JCP* 2014, pp. 106-112, spéc. pp. 110-111) ; CEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c/Suisse*, req. n° 41615/07; Cour EDH, 12 juillet 2011, n° 14737/09, *Sneersone et Kampanella* c/ *Italie*. Il n'en reste moins que les États contractants à la Convention de La Haye pourraient dans certains cas être inspirés de la solution apportée dans l'affaire *Neulinger* pour soutenir une position qui écarterait l'application de la Convention de La Haye. Il importerait peu si l'État serait ultérieurement condamné si la solution de la Cour européenne intervient après l'écoulement d'un temps considérable.

[1191] GOLDSTEIN Gérald, *Conflits de lois : dispositions générales et spécifiques (*Articles *3076 à 3133 C.c.Q.),volume I*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2011, pp. 221-225 ; GROFFIER Ethel, *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques*, 2ème éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2003, p. 157-160.

[1192] GOLDSTEIN Gérald, *Conflits de lois : dispositions spécifiques..*, *op.cit.*, p. 225 ; GOLDSTEIN Gérald, GROFFIER Ethel, *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques*, 2ème éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2003, p. 157.

état de cause, l'application des règles de conflit de la *lex causae* n'est pas envisageable en l'état actuel du droit positif français.

On constate, néanmoins, que faire prévaloir en l'espèce la théorie de la question préalable favoriserait l'objectif de la permanence du statut personnel. La même solution ne serait que difficilement atteinte par le biais de l'application de la règle de conflit du for[1193]. L'application de la règle de conflit du for à la question de la filiation aboutirait à dire que le droit québécois de la responsabilité parentale n'attribue pas un tel droit à la femme ayant un lien génétique avec l'enfant parce qu'elle n'est pas parent de l'enfant. Il faut avouer que cette construction revèle une certaine incohérence logique du raisonnement qui est acceptée en dépit de la simplicité du mécanisme de l'approche *lege fori*.

Cependant, une vision d'ensemble du problème de la responsabilité parentale nécessiterait de ne pas s'arrêter une fois arrivé à la conclusion que la femme québécoise n'est pas parent de l'enfant. Il faudrait, encore, vérifier que le droit québécois applicable en l'espèce à la responsabilité parentale ne prévoit pas d'attribution des droits de la responsabilité parentale à des personnes autres que les parents. À supposer que c'est le cas du droit québécois, il faudrait encore examiner la compatibilité de l'attribution d'un tel droit avec l'ordre public international. Affirmer la contrariété serait toutefois difficile après les dernières évolutions en droit français malgré l'absence de filiation à l'égard de la femme québécoise[1194]. Même si cette solution a été donnée dans un contentieux où un consensus existait entre les conjoints, elle est un élément indispensable pour l'appréciation de l'ordre public international. Si la reconnaissance d'un tel droit à la compagne –mère génétique de l'enfant– n'est pas possible, la responsabilité parentale serait attribuée exclusivement à la mère française. En revanche, la responsabilité parentale de la compagne serait normalement reconnue dans le cas où une décision aurait été prononcée avant le départ du couple du Québec.

Une décision reconnaissant la responsabilité parentale de la compagne sera appréciée conformément à l'article 23 de la Convention de La Haye du 1996. Il est

[1193] Le résultat de l'application règle de conflit du for pourrait être écarté en tant que violant l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'Homme.

[1194] Avant d'arriver aux deux avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014 admettant l'adoption par la compagne de même sexe d'un enfant conçu par procréation médicalement assistée, les juridictions avaient admis le partage informel de la responsabilité parentale entre la mère de l'enfant et sa compagne. Cette solution avait été prononcée sur le fondement de l'article 377 du Code civil ; Civ. 1ère 24 février 2006, *D.* 2006, pp. 876-877, note FULCHIRON Hugues ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. Jean HAUSER ; *dr. famille* 2006, comm. 89, obs. MURAT Pierre, *AJF* 2006, p. 159, obs. CHÉNEDÉ François. V. cependant Civ. 1ère 8 juillet 2010, *JCP G* 2010, pp. 1880-1882, note GOUTTENOIRE Adeline, dans lequel le partage a été refusé au motif que sa nécessité n'avait pas été démontrée. Le refus ultérieur des autorités judiciaires françaises face à une situation confinée en France peut ne pas être décisif pour les affaires internationales.

raisonnable de penser qu'une décision québécoise reconnaissant des droits de responsabilité parentale aux deux femmes serait reconnue parce que déjà dans des situations confinées dans l'ordre juridique français une place est attribuée à la responsabilité parentale conjointe des couples de même sexe. Ce résultat conjugué à l'issue différente de l'affaire dans le cas d'absence de décision révèle comment la célérité de l'accès en justice et le passage d'une situation à une décision peut favoriser la circulation et la reconnaissance des liens de filiation et de leurs effets. La reconnaissance des liens de filiation peut également être facilitée indirectement grâce à l'article 16 de la Convention de La Haye du 1980 qui restreignait la possibilité au ravisseur de recourir à une procédure relative à la responsabilité parentale devant un ordre juridique n'acceptant pas le lien de filiation créé pour s'opposer au retour de l'enfant[1195]. On se concentre alors sur le contentieux de l'enlèvement et on ne discute pas la reconnaissance du lien de la filiation. En conséquence, le parent ravisseur ne pourra pas donc d'exciper de l'absence de lien de filiation pour s'opposer au retour de l'enfant.

Regardons toutefois la divergence des solutions en raison de l'intervention de la règle de conflit dans un cas impliquant plus que deux parents.

b. Persistance en présence d'une situation multiparentale

Des affaires internationales soulevant des problèmes de pluriparenté n'ont pas encore surgi en France ou en Grèce. Le dépassement du modèle familial à l'aide de la procréation médicalement assistée peut être un obstacle à la circulation de ces nouvelles situations. De l'autre côté le fait que l'enfant sera inséré dans une structure familiale monosexuée peut pousser le juge à établir le lien avec le donneur pour rétablir une partie de la réalité biologique. Il n'en reste moins que la divergence des conceptions quant au rôle d'un donneur connu dans le projet parental conçu par un couple de femmes peut conduire à des solutions divergentes comme il ressort de l'exemple suivant.

Si le donneur revendique pour la première fois son droit de visite devant l'ordre juridique français, le problème se poserait en des termes différents. Le scenario d'un donneur se déplaçant vers un autre pays dans le but de revendiquer son droit de visite est improbable. L'exemple révèle néanmoins des complications pouvant émerger dans des

[1195] Article 16 : « *Après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'*article *3, les autorités judiciaires ou administratives de l'Etat contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite.* »

affaires de procréation médicalement assistée. Tout d'abord, la question pourrait se poser de savoir si l'internationalité d'une telle affaire devrait générer la problématique de droit international privé. Le différend, tel qu'il est envisagé, porté devant un tribunal français se présenterait à première vue comme privé d'élément d'extranéité étant donné que le couple a seulement la nationalité française et que la résidence habituelle de la famille au moment de la procédure se trouve en France. Le juge français aurait donc devant lui une situation familiale de deux femmes françaises assumant en commun la responsabilité parentale d'un enfant conçu avec les gamètes de l'une d'elles et avec ceux d'une personne de nationalité étrangère. D'ailleurs, une autre difficulté serait liée avec la question du droit applicable à la qualité d'agir. À supposer qu'on lui reconnaîtrait l'intérêt pour agir grâce à la souplesse de règles de procédure, le manque d'éléments d'extranéité de l'affaire pourraient conduire directement à l'application du droit français. Cependant, même à supposer que l'internationalité soit considérée suffisante, les juges français seraient amenés à l'application du droit français sur le fondement de l'article 16 § 1 de la Convention de La Haye du 1996[1196].

La recherche des titulaires du droit de visite devrait logiquement commencer par la détermination des parents de l'enfant et par conséquent par le droit applicable à cette question, le droit de visite étant en principe reconnu aux parents. Et dans l'affaire envisgée le droit français serait aussi applicable à la question préalable du lien de la filiation en vertu de l'article 311-14 du Code civil français. Les articles 311-19 et 311-20 du Code civil français interdisent au donneur la possibilité de faire établir un quiconque lien de filiation entre lui et l'enfant conçu par procréation médicalement assistée. En conséquence, la seule voie disponible au donneur serait celle de l'article 371-4 al. 3 du Code civil français donnant la possibilité d'un droit de visite aussi à une tierce personne. Dans une demande reposant sur un tel fondement, la donnée primordiale à prendre en considération doit être l'intérêt de l'enfant. Les circonstances de chaque affaire sont déterminantes pour se prononcer sur cette question. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné le droit français n'exclut pas l'attribution de la responsabilité parentale à une tierce personne. Une analyse complète donc de la situation nécessiterait de prendre en considération l'article 371-4 du Code civil pour se prononcer sur la possibilité d'attribuer un tel droit au donneur. Il n'en reste moins qu'une procédure en France peut en focalisant sur la filiation faire passer au second plan d'autres voies pour reconnaître un tel

[1196] Notons d'ailleurs que si le moment crucial de l'appréciation de la résidence habituelle serait celui de la naissance de l'enfant et non celui du moment du litige le droit désigné applicable serait différent.

droit. Cependant, un donneur a beaucoup moins de chances de se voir reconnaître un tel droit en l'absence de décision étrangère le lui reconnaissant.

En présence d'une décision reconnaissant un droit de visite à un homme ayant participé avec son matériel génétique à un projet parental effectué par procréation médicalement assistée, la reconnaissance par l'ordre juridique français est plus probable. Il faut bien sûr être conscient du fait que des intérêts différents entreraient en considération dans une telle situation comme la conception du lien de la filiation de l'ordre juridique français qui est fondé en principe sur la vérité biologique, l'intérêt de l'enfant, les intérêts des personnes ayant participé au projet parental avec leur matériel génétique. Après la consécration de la possibilité de création d'un double lien monosexué la reconnaissance d'une décision reconnaissant un droit de visite à un homme ayant contribué avec son matériel génétique pourrait beaucoup plus facilement être considérée comme une ingérence dans la vie familiale. Cette ingérence pourrait être écartée au motif d'une contrariété à l'ordre public. Il n'en reste pas moins qu'une personne munie d'une décision se trouve dans une meilleure position qu'une personne qui tente de se prévaloir d'un droit le premier devant un ordre juridique n'attribuant pas explicitement ce type de droits.

On voit, donc, que concevoir une situation constituée à l'étranger comme non cristallisée peut rendre plus difficile la circulation des droits qui auraient pourtant bien pu être affirmés au sein d'un ordre juridique étranger. Des tels droits conçus pour des configurations familiales à plus que deux parents ou des couples de même sexe auraient plus des difficultés à circuler au sein de l'ordre juridique grec.

2. Au sein de l'ordre juridique grec

Au sein de l'ordre juridique grec on peut imaginer qu'un couple d'hommes, ayant la double nationalité grecque-britannique, habituellement résidents en Grèce ait recours à une gestation pour autrui en Angleterre avec le matériel génétique de l'un d'entre eux. Et suppons qu'après la naissance de l'enfant la procédure du *parental order* n'a pas été suivie. Une fois de retour en Grèce des discordes naissent entre le couple et les deux hommes décident d'entamer une procédure de divorce. La première difficulté d'une telle situation concernerait l'applicabilité du règlement Bruxelles IIbis relativement à une demande de divorce formé par un couple de même sexe étant donné que l'ordre juridique grec ne reconnaît pas le mariage homosexuel. Il n'est pas certain que les tribunaux grecs

accepteraient leur compétence pour la dissolution d'un mariage entre deux personnes de même sexe. On a proposé que face à des questions sensibles il est préférable, au lieu de privilégier une interprétation autonome de renvoyer au droit de l'État membre, dont la compétence est en cause[1197]. Une telle approche conduirait le juge grec à décliner sa compétence sur la dissolution d'un tel lien familial.

Mais même si cette compétence était acceptée l'action portant sur la responsabilité parentale pourrait s'estomper à l'objection du défaut de qualité d'agir de l'un des hommes du couple. Supposons toutefois pour les besoins de cet exposé que la compétence relativement à la responsabilité parentale soit admise. Le juge grec serait encore en l'espèce amené à appliquer la loi de la résidence habituelle de l'enfant (art. 16 § 1 de la Convention de La Haye) ce qui amènerait logiquement à appliquer à la responsabilité parentale la loi grecque. La mise en œuvre du droit grec nécessiterait par la suite, de déterminer le droit applicable à la filiation. L'application du droit grec à la question principale signifie qu'aussi la question préalable de la filiation serait en principe résolue selon les règles de conflit du for. Ceci dit et vu que les deux hommes ont la double nationalité grecque-britannique les articles 14 et 17 C.civ., la loi grecque prévaudrait en raison de la prévalence de la nationalité du for dans des cas de double nationalité (art. 31 § 1 du Code civil)[1198].

Il se pourrait, néanmoins, de nouveau, être préférable de faire prévaloir la loi britannique, nationalité que les deux hommes posséderaient également. On pourrait être amené à appliquer le droit britannique aussi dans le cas où la règle de conflit choisie serait celle de l'article 20 du Code civil grec. Selon cet article : « *Les rapports entre père et enfant, qui est né hors mariage de ces parents, sont régis dans l'ordre : 1. par le droit de leur dernière nationalité commune, 2. par le droit de leur dernière résidence habituelle, 3. Par le droit de la nationalité du père* ». Si cette disposition était considérée applicable, le droit britannique serait applicable. La raison serait que dans un tel cas les deux hommes n'auraient pas pu établir un acte d'état civil grec, ce qui est nécessaire pour qu'un enfant obtienne la nationalité grecque. En l'espèce, donc l'enfant n'aurait que la nationalité britannique. Certes cela ne signifie pas qu'il suffit de permettre de faire établir un lien de filiation pour faire produire les effets de la filiation. L'homme n'ayant pas participé au projet parental avec son matériel

[1197] DEVERS Alain, « Les praticiens et le droit international privé européen de la famille », *Europe* novembre 2013, pp. 5-11, spéc. p. 10, n° 21.

[1198] Comme on l'a observé ci-dessus pour l'exemple impliquant un couple des femmes et un donneur la règle de conflit grecque n'est pas confectionnée en vue de ces situations. Par conséquent, elle pourrait ne pas être pertinente aussi pour le cas d'espèce. À sa place d'autres solutions pourraient être envisagées. On formule, néanmoins, notre hypothèse en acceptant que la première alternative de la règle de conflit, à savoir celle de la loi nationale commune des époux au moment de la naissance de l'enfant serait choisie.

génétique et n'étant pas investi d'un *parental order* ne serait pas reconnu en tant que parent pour le droit anglais[1199]. Par contre, l'ordre juridique anglais pourrait lui reconnaître un droit à la responsabilité parentale même en l'absence de la qualité de parent. Pour le cas de l'autre homme celui-ci serait plus facilement reconnu comme père aussi bien selon le droit grec que selon le droit anglais. La question serait plus difficile à résoudre dans le cas où aucun des deux n'a de lien génétique avec l'enfant, bien que le droit anglais ne permette pas l'accès à la gestation pour autrui si aucun des deux participants n'a de lien génétique avec l'enfant à naître. Dans ce cas, le droit anglais pourrait seulement permettre l'établissement d'un lien de filiation ou au moins reconnaître aux deux hommes avec la responsabilité parentale. Dans une telle situation, il serait préférable de faire prévaloir l'application du droit anglais.

Cependant, même si on accepte l'application du droit du Royaume-Uni et la reconnaissance du droit à la responsabilité parentale à l'homme n'ayant pas contribué avec son matériel génétique, cette solution pourrait buter sur l'exception de l'ordre public international. Au contraire, en l'absence de nationalité commune l'article 17 combiné avec l'article 14 C.civ.[1200] conduirait à l'application de la loi de la résidence habituelle commune, à savoir à la loi grecque. Dans ce cas le droit grec ne permettrait pas de faire établir un lien de filiation avec un homme n'ayant pas de lien biologique.

En présence de décision reconnaissant la responsabilité parentale de l'homme n'ayant pas contribué avec son matériel génétique, sa reconnaissance sera à ce jour difficilement acceptable au sein de l'ordre juridique grec pour contrariété à l'ordre public. Devrions-nous pour autant refuser le droit à l'exercice de la responsabilité parentale commune ? Est-ce qu'il est vraiment opportun et équitable de faire apporter une réponse différente selon si la résidence habituelle au moment de l'accès à la technique de la procréation médicalement assistée se trouve au Royaume-Uni ou en Grèce ? Il ne nous semble pas. La solution sera injuste dans les deux cas. L'impossibilité de circulation des situations est due principalement à l'ordre public et moins au fonctionnement de la règle de conflit, même si on peut accepter que dans certains cas elle pourrait servir de justification au refus de reconnaissance. Les obstacles peuvent diminuer dans des cas des filiations créées au sein de couples de femmes au moins au sein de l'ordre juridique français.

Une décision étrangère concernant cette fois des femmes grecques retournant en Grèce –appréciée toujours selon la Convention de La Haye de 1996– butera très

[1199] V. chapitre 1, section 2, p. 89 et *seq*.
[1200] Pour ces dispositions v. *supra*, chapitre 3, pp. 207 et *seq*.

probablement sur l'ordre public étant donné qu'il n'existe pas comme en France de reconnaissance dans la jurisprudence grecque des droits de visite aux personnes tierces à la famille.

La difficulté serait évidemment accrue en l'absence de décision. De nouveau, il serait aussi bien question de l'existence du lien de filiation que du droit applicable à celle-ci. La règle de conflit grecque[1201] ne prend pas en considération la situation envisagée. Du coup, il n'est pas facile de savoir s'il faut favoriser la nationalité commune des deux femmes ou la résidence habituelle du couple et de l'enfant au moment de la naissance de l'enfant. Selon l'approche choisie nous serions amenés à des résultats différents. Le manque de règles de conflit visant spécifiquement ces problèmes peut jouer en faveur de la reconnaissance d'un droit de visite si le juge décide de faire primer la loi de la résidence habituelle au moment de la constitution de la situation. Toutefois, l'attraction exercée par le droit substantiel du for rend cette possibilité et par conséquent la circulation des situations improbable. Il faut, toutefois, noter que la réglementation des effets personnels tend à réduire les obstacles à la circulation et à réduire en particulier l'impact de la règle de conflit en matière de filiation.

[1201] Art. 14 combiné avec l'art. 17 du Code civil, v. *supra*.

SECTION 2

DÉPASSEMENT DE LA RÈGLE DE CONFLIT EN MATIÈRE D'EFFETS PERSONNELS

La circulation des situations créées grâce à l'assistance médicale à la procréation et l'acceptation de la réglementation des effets des liens de filiation qui en découlent rencontreront très certainement des obstacles. Ces obstacles seront le plus souvent la réaction de la conception d'ordre public du pays de réception du rapport de droit en cause. Des écueils néanmoins persisteront dans une série d'hypothèses en raison de la mise en œuvre d'une règle de conflit. L'examen de la réglementation en vigueur des effets personnels de la filiation permet de constater un dépassement des obstacles et plus précisément de la règle de conflit (§ 1). Cette constatation conforte l'extension de ce dépassement par l'acceptation d'une solution inspirée de la méthode de la reconnaissance (§ 2).

§ 1. Dépassement de la règle de conflit et d'autres obstacles en matière d'effets personnels

L'évolution du droit international privé européen atteste un renforcement de l'objectif de la reconnaissance automatique des décisions même en matière familiale. Une étape supplémentaire pourrait être franchie si certaines des propositions de modification du règlement Bruxelles IIbis étaient retenues[1202]. La mesure pouvant avoir l'impact le plus considérable est la suppression de l'exequatur pour toutes les décisions entrant dans le champ d'application du règlement et la limitation des motifs d'opposition à la reconnaissance ou l'exécution d'une décision[1203]. En l'état actuel, toutefois, de la réglementation nous pouvons constater un dépassement de la règle de conflit dans une moindre mesure pour ce qui concerne la responsabilité parentale (A) et de manière plus caractéristique dans les règles relatives aux enlèvements d'enfants et au droit de visite (B).

[1202] Proposal for a Council regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Brussels, COM (2016) 411/2, 2016/0190 (CNS), p. 19, consultable sur : <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/family-matters/brussels2_regulation_en.pdf> dernière visite le 12.10.2016.

[1203] V. Proposal for a Council regulation ….*ibid*, p.10, 14 ; V. en particulier les nouveaux articles 30, 38, 40 de la proposition de règlement, pp. 47, 52-53.

A. DÉPASSEMENT EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ PARENTALE

Nous allons voir dans les lignes qui suivent comment la règle du *forum non conveniens* et un raisonnement en termes de méthode de reconnaissance pourraient être indicatifs d'un dépassement de la règle de conflit en matière de filiation (1). En même temps, nous examinerons l'effet potentiel de l'arrêt *Hadadi* appliquée en matière de conflits de lois (2). Bien que le recours à ces voies ne soit pas en l'état actuel de la jurisprudence affirmé, il traduit une tendance d'acceptation facilitée des solutions émanant d'autres juridictions aussi bien en ce qui concerne les effets que le lien de filiation en soi.

1. Potentiel de la règle du Forum non conveniens et d'un raisonnement en termes de méthode de reconnaissance

On a vu que des personnes ayant leur résidence habituelle dans des États interdisant la gestation pour autrui arrivent néanmoins à y avoir accès. Des couples de Français ont recours à une gestation pour autrui aux États-Unis et en Grèce. Deux décisions ont déjà été répertoriées dans la jurisprudence grecque attribuant l'autorisation à des couples de Français de procéder à une gestation pour autrui[1204]. Supposons qu'un de ces couples ait bien pu à la suite de cette autorisation avoir des enfants, rentrer sans problème en France et qu'une procédure de divorce et de responsabilité parentale ait été entamée.

Dans ce cas, apprécié selon le règlement Bruxelles II bis (article 1.1.b et 61 du règlement) les juridictions françaises seraient compétentes en tant que juridictions de la résidence habituelle de l'enfant (article 8 du règlement)[1205]. Selon l'article 16 § 1 de la Convention de La Haye, la loi française régit la question de la responsabilité parentale. Et il faudrait de nouveau dans ce contexte chercher le droit applicable à la filiation même si la responsabilité parentale ne dépend pas exclusivement de la détermination des parents[1206]. La loi désignée par l'article 311-14 du Code civil conduit dans un nombre considérable de cas à une loi permettant l'établissement du lien de filiation. La règle de conflit pourrait néanmoins aussi conduire à une loi ne permettant pas l'établissement du lien de filiation avec la mère d'intention. Ainsi, il ressort de l'étude comparée déjà menée, que dans plusieurs décisions grecques la mère porteuse est originaire des pays de

[1204] TPI d'Athènes, 2741/05.11.2015, [non publiée – en grec] ; TPI de Thessalonique, 17056/2008, Base de données NOMOS.
[1205] V. sur la compétence de principe des tribunaux du pays de la résidence habituelle v. BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, t. II, partie spéciale, 3ème édition, Paris, 2014, p. 261, n° 783.
[1206] V. notre analyse *supra.*

l'Europe de l'Est, par exemple la Pologne[1207], qui interdisent la gestation pour autrui[1208]. Le déclenchement donc du mécanisme de la règle de conflit dans ces circonstances conduirait à des lois qui *a priori* ne reconnaitraient pas les liens de filiation. Dans un contentieux de ce type, permettre à l'un des époux de se prévaloir de l'absence du lien de filiation semble peu satisfaisant. On pourrait dès lors puiser des arguments de dans ce genre de situations en faveur d'une solution ou approche reposant sur ou inspirée de la méthode de la reconnaissance. L'assouplissement du rôle de la règle de conflit ou une présomption de reconnaissance du lien de filiation inclus dans l'acte d'état civil faciliterait la reconnaissance et la circulation d'un tel lien et de ses effets. Le choix d'un tel procédé ne dispenserait pas bien sûr d'un contrôle d'ordre public mais il laisserait une marge au juge permettant de ne pas l'invoquer dans des circonstances où cela pourrait être considéré comme inéquitable. Au-delà toutefois d'un tel aménagement il faut prendre acte du fait que le système juridique de l'Union européenne pourrait aussi promouvoir la reconnaissance des liens de filiation et de leurs effets en influençant les règles de compétence et de reconnaissance des décisions instituées par le règlement Bruxelles II bis.

Le refus de reconnaissance du lien de filiation résultant de la mise en œuvre d'une règle de conflit rigide qui conduit à l'application d'un droit ne reconnaissant pas le lien de filiation, pourrait être évité par le mécanisme de *forum non conveniens* prévu par l'article 15 règlement Bruxelles II bis et aux termes duquel: « *À titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant: a) surseoir à statuer sur l'affaire ou sur la partie en question et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément au paragraphe 4, ou b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément au paragraphe 5* ». Dans le cas de gestation pour autrui sous examen on pourrait penser que les conditions posées par l'article 15 sont réunies. L'enfant a un lien particulier avec l'ordre juridique grec du fait que tout le processus a eu lieu en Grèce et du fait que la mère porteuse sera le plus souvent résidente dans ce pays[1209]. Les juridictions grecques seraient particulièrement adaptées également du fait

[1207] V. pour cette interdiction l'étude GRANET Frédérique, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant, dans des États membres de la CIEC*, Étude mise en ligne en Février 2014, p. 11 ; consultable sur : <http://www.ciec1.org> dernière visite le 12.10.2016.
[1208] V. chapitre 2.
[1209] Sur les liens qu'entretient une affaire de gestation pour autrui avec le pays où le processus a été effectué v. ROKAS A. Konstantinos, « Chapter 9 : Greece », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous

qu'elles auraient spécifiquement abordé et résolu les questions relatives à la gestation pour autrui et ses effets. Au contraire, en France même si on peut arriver à certaines solutions au moyen des dispositions actuelles du droit français, relatives à la responsabilité parentale, il n'en reste pas moins que celles-ci n'ont pas été confectionnées en vue de la gestation pour autrui et des problèmes qu'elle soulève. D'ailleurs, il faut rappeler que le fait qu'un pays interdit le recours à la gestation pour autrui n'entraîne pas automatiquement l'exclusion des parents d'intention de la possibilité d'exercer la responsabilité parentale[1210].

Utiliser l'exception de l'article 15 dans les affaires envisagées paraît d'ailleurs particulièrement opportun dans des situations oà la différence des législations risquerait de rendre possible un comportement abusif de la part de l'un des époux[1211]. Un tel comportement sera caractérisé chaque fois qu'un époux invoque l'absence de lien de filiation de son épouse pour l'exclure de la responsabilité parentale. Envisager dans une telle situation l'option ouverte par l'article 15 du règlement serait d'autant plus opportun qu'il permettrait d'assurer plus de cohérence au sein d'un ordre juridique qui tout en interdisant le recours à la gestation pour autrui ne souhaite pas non plus tolérer des abus des droits. En plus, le juge français qui aurait recours à cette voie n'abandonnerait pas nécessairement sa compétence de se prononcer sur la question des liens de filiation ou encore sur la question du divorce puisque le renvoi à une autre juridiction peut être partiel (article 15 § 1 du règlement).

Le juge français qui serait confronté à la réglementation de la responsabilité parentale de l'enfant pourrait aussi faire abstraction de la règle de conflit et raisonner en termes de méthode de reconnaissance. Il pourrait en particulier considérer que la décision grecque aurait bien un caractère décisionnel qui devrait conduire à mener un contrôle qui se limiterait en principe à un contrôle d'ordre public. Nous avons déjà expliqué les hésitations potentielles quant au caractère décisionnel de l'autorisation de procéder à la gestation pour autrui en Grèce[1212]. Il existe pourtant des raisons pour retenir une telle solution à un problème de ce type. Un argument en faveur d'une telle approche pourrait être lié au fait que l'ordre juridique français refuserait difficilement la

---

la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp. 143-166, spéc. pp. 163-164.

[1210] V. *supra* chapitre 3.

[1211] Pour l'invocation de ce mécanisme de *forum non conveniens* dans l'objectif de déjouer le comportement procédural abusif d'une personne rappr. mais dans un autre contexte D'AVOUT Louis, note sous CJCE, 3e ch.,16 juillet 2009, aff. C-168/08. - *Hadadi*, *JDI* 2010, pp. 157-183, spéc. pp. 167-168 ; *Rev. crit. DIP* 2010, pp. 184-199, note BRIÈRE Carine ; *RTDE* 2010, pp. 769-774, note par LAGARDE Paul.

[1212] V. *supra* , p. 103.

reconnaissance d'une décision grecque se prononçant sur la responsabilité parentale de la mère d'intention. Il n'en reste pas moins que même dans ce domaine l'ordre public pourrait toujours faire son apparition pour bloquer le déclenchement des effets découlant d'une filiation établie grâce à une assistance médicale à la procréation. L'intervention de l'ordre public serait aussi probable s'agissant de la réglementation des effets des filiations issues d'une procréation médicalement assistée impliquant un couple de femmes. Pourtant, toujours concernant ce type de situations et dans des circonstances particulières, l'influence de la règle de conflit en matière de filiation pourrait être amenuisée.

2. Potentiel de la jurisprudence Hadadi en matière de conflits de lois

Prenons le scenario construit ci-dessus relatif à l'accès d'un couple de femmes à une procréation médicalement assistée mais en considérant cette fois que la femme ayant porté l'enfant et ayant exercé une action dans l'objectif de revendiquer la responsabilité parentale de l'enfant ait la double nationalité suédoise-française. La compétence serait déterminée selon les articles 8 et suivants du règlement 2201/2003 et pour les besoins de cet exposé nous considérerons que les juridictions françaises seraient bien compétentes. Suivant le même raisonnement et d'après la Convention de La Haye du 1996 qui serait également en l'espèce applicable, le droit applicable à la responsabilité parentale serait le droit français (art. 16 § 1). En conséquence, il serait également nécessaire de s'interroger sur l'existence du lien de la filiation entre la compagne suédoise et donneuse d'ovules et l'enfant né de la procréation médicalement assistée. Pour y répondre il faudrait déterminer le droit applicable à ce lien en recourant à l'article 311-14 du Code civil.

Dans ces circonstances et contrairement à une affaire surgissant dans un contexte international la résolution du conflit de nationalités pourrait conduire à une solution différente. C'est l'arrêt *Hadadi*[1213] de la Cour de justice de l'Union européenne qui pourrait laisser penser à une telle éventualité.

Dans l'arrêt *Hadadi* la Cour interdit aux juridictions nationales de se servir de la prééminence de la nationalité du for et de la notion de nationalité effective dans l'objectif d'établir une hiérarchie entre les chefs de compétence institués par le règlement Bruxelles

[1213] CJCE, 3e ch., 16 juillet 2009, *M. L. Hadadi c. Mme C. M. Mesko, épouse Hadadi*, aff. C-168/08. –, *JDI* 2010, note D'AVOUT Louis, pp. 157-183 ; *Rev. crit. DIP* 2010, pp. 184-199, note BRIÈRE Carine ; *RTDE* 2010, pp. 769-774, note par LAGARDE Paul ; Cass. 1re civ., 17 févr. 2010, no 07-648, FS P+B+I : JurisData no 2010-051607 *JCP* 2010 243, p. 463, note par DEVERS Alain.

II bis. En l'espèce, le juge était appelé à contrôler la compétence indirecte du tribunal ayant prononcé la décision. Les époux dont le divorce était en cause étaient tous les deux franco-hongrois. La question était donc de savoir si la nationalité du for prévaut sur la nationalité commune hongroise en excluant de la sorte la compétence du juge hongrois. Y répondre était nécessaire pour l'appréciation de la compétence indirecte du juge. L'obligation résultait des dispositions transitoires du règlement Bruxelles II bis portant sur le régime des décisions rendues dans des pays avant qu'ils ne deviennent membres de l'Union européenne. La question paraît d'une portée limitée mais la CJUE prend soin de préciser que cette solution s'impose également s'agissant de l'appréciation de la compétence directe en cas de double nationalité si bien qu'on peut penser qu'elle crée un choix en faveur des requérants[1214]. Les juges en se fondant sur une interprétation littérale du texte du règlement, relèvent qu'il serait absurde de créer un chef de compétence reposant sur la nationalité et puis interdire aux personnes ayant la double nationalité de recourir à la compétence de la juridiction d'un État dont ils possèdent la nationalité[1215]. En plus, à l'appui de la solution les juges ont explicitement invoqué les finalités des règlements et en particulier la liberté de circulation des personnes au sein de l'Union européenne. La généralité des fondements de la solution retenue dans l'arrêt examiné conduit à penser qu'elle peut être invoquée par les justiciables aussi pour la mise en œuvre des règles de conflit dans des affaires confinées à l'Union européenne. L'incidence, donc, de l'arrêt *Hadadi* et du droit primaire de l'Union sur le droit international privé des États membres est envisageable.

Certes, il existe des arguments à l'encontre de l'extension de la solution relative à la double nationalité au-delà du cas d'espèce[1216]. Une première objection tient en ce que le problème s'est posé à l'occasion d'un contrôle de la compétence indirecte, et dont la nécessité a disparu avec l'adoption du règlement Bruxelles II bis. Sa mise en œuvre dans cette affaire était due à la réglementation durant la période transitoire de la reconnaissance des décisions rendues dans des pays qui n'étaient pas liés à ce moment par le règlement. Donner donc à ce raisonnement une portée qui dépasse celle du contexte est risqué.

En dépit de cette objection, il existe des arguments en faveur de l'extension de cette solution. En ce sens, il faut noter que l'invocation de la notion de nationalité

[1214] Civ. 1re., 17 févr. 2010, *ibid.*, p. 463, note DEVERS Alain.
[1215] Rappr. en ce sens D'AVOUT Louis note sous CJCE, 3e ch. – 16 juillet 2009. –aff. C-168/08. – *Hadadi*, *JDI* 2010, pp. 157-183, spéc. p. 166.
[1216] D'AVOUT Louis note sous CJCE, 3e ch. – 16 juillet 2009. –aff. C-168/08. – *Hadadi*, *JDI* 2010, pp. 157-183, spéc. p. 171.

effective est rejetée pour les besoins de l'application du droit primaire[1217]. En outre, l'avis est exprimé en doctrine selon lequel faire prévaloir en matière des conflits de lois systématiquement la nationalité du for par rapport à la nationalité d'un autre État membre contrevient au principe de l'interdiction du traitement discriminatoire[1218]. Selon cette ligne d'argumentation il paraît raisonnable de permettre, dans l'hypothèse où il est nécessaire de déterminer la loi applicable, un choix des parties ou faire jouer le critère de la nationalité effective[1219]. Sinon il est aussi loisible d'imaginer une résolution du différend selon une approche fonctionnelle visant à favoriser dans des cas similaires à ceux examinés dans ce contexte la reconnaissance du lien de filiation. Une solution de ce type serait plus en phase avec la liberté de circulation des citoyens européens. Enfin, le Groupe européen de droit international privé a fait une proposition visant à la « *solution des conflits positifs de nationalités dans les instruments existants de droit international privé de l'Union européenne* » dont les termes facilitent clairement la circulation des situations juridiques[1220]. Selon l'article 4 de cette proposition : « *En cas de pluralité de nationalités, un État membre ne peut refuser de reconnaître une situation juridique constituée dans un autre État membre sur la base d'une certaine nationalité d'une ou de plusieurs personnes en cause au seul motif d'une divergence d'appréciation lors de la prise en considération de cette nationalité* ». Ce changement d'approche dans la résolution des conflits de nationalités constituerait un indice de plus en faveur d'un changement d'approche dans le fonctionnement de la règle de conflit au stade de la circulation des situations.

L'extension, donc, du raisonnement adopté dans l'affaire *Hadadi* pourrait dans des cas de double nationalité, comme celui envisagé en l'espèce conduire à la prééminence de la nationalité suédoise sur la nationalité française dans l'objectif de favoriser la liberté de circulation. Une telle solution du conflit de nationalités permettrait de désigner une législation reconnaissant le lien de filiation avec la mère génétique. Certes, aussi dans une telle éventualité les juridictions françaises auraient la possibilité d'invoquer l'exception de l'ordre public contre le résultat de l'application de la législation suédoise à la filiation. Cette éventualité semble pourtant faible après les dernières

[1217] BASEDOW Jürgen, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. crit. DIP* 2010, 427-456, spéc. p. 436.
[1218] BASEDOW Jürgen, « Le rattachement à la nationalité … », *ibid.* pp. 454,456.
[1219] BASEDOW Jürgen, *ibid.*, spéc. p. 454.
[1220] V. position du Groupe européen de droit international privé sur la solution des conflits positifs de nationalités dans les instruments existants de droit international privé de l'Union européenne, not. art. 4 ; 23ème réunion Lausanne, 20 - 22 septembre 2013 ; Consultable sur : <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-23.htm> dernière visite le 12.10.2016.

évolutions du droit français[1221]. L'assouplissement potentiel en présence d'une double nationalité confirme au moins l'intérêt d'une reconsidération du rôle de la règle de conflit en matière de filiation lorsqu'une question de reconnaissance se pose.

Dans une affaire intracommunautaire liée avec la Grèce la double nationalité des femmes serait la nationalité suédoise-grecque. Dans cette hypothèse et conformément à la jurisprudence *Hadadi* la prééminence de la nationalité grecque serait encore moins évidente. Faire prévaloir la nationalité suédoise serait préférable dans l'objectif de favoriser la permanence du statut personnel et la libre circulation des citoyens européens. D'ailleurs, faire prévaloir la nationalité suédoise pour les besoins d'application des règles de conflit grecques ne laisserait pas l'ordre juridique grec sans défense à l'égard d'une situation juridique inédite et non réglementée comme celle d'un double lien de filiation monosexué. Les juges maintiennent la possibilité de soulever l'exception de l'ordre public à l'égard d'un droit reconnaissant un droit de responsabilité parentale à la compagne ayant ou n'ayant pas un lien génétique avec l'enfant né.

La signification symbolique de l'adoption de cette approche est que les finalités promues par une règle conflictuelle ne sont pas suffisamment fortes à elles seules pour pouvoir empêcher la reconnaissance d'un lien de filiation valablement établi selon le droit d'un État membre. En outre, en mettant de côté la règle de conflit en tant qu'obstacle potentiel à la reconnaissance d'un lien de filiation et de ses effets exclut la possibilité d'invoquer une justification d'apparence neutre pour la refuser. Au contraire, cette approche permettrait de focaliser directement sur l'ordre public et sur les motifs qui soutiennent son invocation. De la sorte, il serait aussi plus facile à la Cour de l'Union européenne de contrôler son invocation. Enfin, mettre en avant l'ordre public conduirait en même temps à plus de prévisibilité dans les rapports privés dans l'Union européenne. Le bilan qui précède ne signifie aucunement que des liens de filiation inédits pourraient circuler à l'intérieur de l'Union européenne sans problème. L'assouplissement dans le fonctionnement des règles de conflit n'est pas à même de permettre la reconnaissance des liens de filiation tissés suite à une gestation pour autrui ou des doubles liens de filiation monosexués et la responsabilité parentale parce que nous sommes dans un domaine où l'ordre public joue un rôle central. Il semble toutefois qu'un refus de

[1221] V. cass., avis n° 15011 et n° 15010, 22 sept. 2014, n° 14-70.006 et 14-70.007, *D.* 2014, p. 1876, obs. DIONISI-PEYRUSSE Amélie ; LÉROYER Anne-Marie, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014, pp. 2031-2036 ; *AJ fam.* 2014, p. 555, et 523, obs. DIONISI-PEYRUSSE Amélie ; BRUNET Laurence, « La Cour de cassation valide l'adoption, par la conjointe de la mère biologique, de l'enfant né d'un don de sperme à l'étranger », *RDSS* 2014, pp. 1145 *et seq.* Contre ces décisions v. BOLLÉE Sylvain, LÉROYER Anne-Marie, PATAUT Étienne, « L'Etat dans les chambres à coucher? », *Huffington Post*, 07/03/2014.

reconnaissance qui repose sur des considérations qui sont propres à la désignation du droit applicable à la filiation est de moins en moins convaincant.

Une facilitation de la reconnaissance des liens de filiation est, par ailleurs, produite par le renforcement dans le règlement Bruxelles IIbis du mécanisme du retour des enfants dans le cas d'enlèvement.

B. DÉPASSEMENT EN MATIÈRE D'ENLÈVEMENTS D'ENFANTS ET DE DROIT DE VISITE

L'influence du problème de la filiation et par conséquent de la désignation du droit applicable à celle-ci se manifeste de manière variable s'agissant de la réglementation des effets personnels selon l'effet recherché par les personnes impliquées dans une telle affaire. Il sera ainsi démontré plus particulièrement qu'en matière d'enlèvement international (1) et de droits de visite (2) le système conventionnel de règles tel qu'il a été complété par le règlement Bruxelles II bis place une confiance accrue dans la perception du problème en cause par le pays de la résidence habituelle de l'enfant. Cette constatation ne peut qu'être considérée indicative d'une acceptation plus ouverte des points de vue divergents quant aux liens de filiation et par conséquent d'un recul corrélatif de la règle de conflit en matière de filiation.

1. La circulation facilitée des décisions relatives à l'enlèvement d'enfant

Le différend se présentera autrement s'il concerne le problème de l'enlèvement de l'enfant. La femme québécoise demanderait dans ce cas sur la base de l'article 12 de la Convention de La Haye du 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants le retour de l'enfant. Les autorités françaises ne peuvent pas, en principe, refuser le retour de l'enfant au pays de sa résidence habituelle. L'originalité toutefois du problème pourrait susciter l'hésitation des autorités. Ainsi, il est possible que les autorités refusent le retour au motif « *d'un risque grave…psychique* »[1222]. L'invocation des risques pour la santé psychique des enfants élevés au sein des familles composées par deux parents du même sexe par les opposants à l'homoparentalité démontrent qu'un tel refus sur le fondement des articles 13 b) et 20 de la Convention de La Haye du 1980 ne peut pas être exclu, même s'il n'est pas fondé en droit.

[1222] Article 13 al. 1 b) de la Convention de La Haye du 1980.

Enfin, les autorités pourraient, au lieu de tenter de fonder leur décision de refus de retour sur les exceptions prévues par les articles 13 et 20 de la même convention raisonner en termes de droit de garde. Elles pourraient ainsi soutenir qu'il n'existe pas de déplacement illicite en l'absence du droit de garde (article 3). Normalement l'article 3 parle d'un droit de garde attribué « *par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour* ». Cependant, le fait que le droit de garde serait apprécié par l'État d'accueil de l'enfant pourrait conduire à faire primer sa conception sur ce droit. Un tel résultat pourrait être atteint soit en prenant en considération le droit français en matière de filiation désigné par les règles de conflit françaises soit le droit québécois qui serait pourtant évincé comme contraire à l'ordre public international.

Des constatations similaires pourraient être faites dans le cas impliquant un couple de femmes ayant eu recours à une procréation médicalement assistée. La Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils relatifs à l'enlèvement serait applicable. La mère génétique serait ainsi fondée à demander le retour de l'enfant. Selon l'article 3 de la Convention il n'existe pas de doute quant à l'attribution du droit de garde aux deux femmes impliquées dans le processus d'insémination artificielle, étant donné que le droit du Québec serait déterminant quant à cet aspect en tant que celui de « *l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement* ». Cependant, les exceptions au retour prévues par la Convention pourraient de nouveau servir aux autorités nationales grecques en tant que fondement de refus. Nous ne reviendrons pas sur les exceptions prévues par l'article 13 de la Convention. Nous relèverons juste l'article 20 disposant que : « *Le retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.* ». Cette clause pourrait servir à une autorité ne souhaitant pas coopérer et permettre le retour de l'enfant.

Il convient à cet égard d'observer que le mécanisme de retour d'enfant instauré par le règlement 2201/2003 en combinaison avec la Convention de La Haye du 1980 a plus de chances de promouvoir de manière indirecte la permanence du statut personnel et des rapports familiaux. Le fait que le règlement 2201/2003 rend plus ardue l'invocation des motifs justifiant une exception au retour de l'enfant au pays de sa résidence habituelle, montre que le juge ne pourra pas se prévaloir de sa conception du lien de filiation pour s'opposer à ce retour. Il est, toutefois, nécessaire de relever que les juges grecs ou les juges d'autres États membres adoptant des positions restrictives

pourraient se montrer plus réticents que les juges français à ordonner le retour de l'enfant. Si le point de vue du requérant grec s'accorde avec la vision de l'ordre juridique du juge requis sur la conception des liens de famille, cela pourrait inciter les juges à refuser d'ordonner un retour, ce qui constituerait une reconnaissance indirecte d'un lien de parenté monosexué. En Grèce, le refus éventuel d'ordonner le retour de l'enfant pourrait être expliqué par la protection insuffisante des droits des couples de même sexe. En revanche, l'automaticité de la circulation des décisions relatives au droit de visite au sein de l'Union européenne pourrait empêcher qu'un tel refus arrive. Ainsi, la continuité des liens de filiation pourrait être favorisée de manière indirecte grâce à l'exercice sans obstacles des liés à ces filiations. Pour le reste, les observations faites quant au droit de visite au sein de l'ordre juridique français valent aussi pour l'ordre juridique grec.

Dans l'Union européenne en matière d'enlèvement des enfants est appliquée la Convention de La Haye du 1980 complétée par les dispositions du règlement Bruxelles II bis. Le règlement Bruxelles II bis renforce encore plus le principe du retour immédiat d'un enfant illicitement déplacé, contribuant de la sorte, indirectement, à la reconnaissance et la circulation des liens de filiation[1223]. L'article 11 § 4 du règlement limite la possibilité d'invocation d'un risque grave (article 13 b) de la Convention de La Haye du 1980) en tant que motif permettant le refus de retour d'un enfant dans la mesure où « *il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour.* ». Certes, l'invocation de l'article 13 b dans le but de ne pas permettre le retour de l'enfant à la compagne paraît difficile déjà dans le seul contexte de la Convention de La Haye du 1980[1224]. Une interprétation large du danger psychique pour refuser le retour dans des situations comme celles envisagées ici n'est pas conforme à la lettre et à la logique de la Convention. Il arrive toutefois que des autorités nationales exploitent leur marge de manœuvre pour arriver à des interprétations permettant de faire prévaloir leur conception de droit en dérogeant de la sorte à la lettre et à l'esprit de la Convention de La Haye de 1980. Le risque est moindre au sein de l'Union européenne grâce à l'existence de la Cour de justice garantissant l'interprétation uniforme du droit de l'Union européenne.

[1223] V. en ce sens Guide pratique pour l'application du nouveau règlement Bruxelles II, Version mise à jour le 1 juin 2005, pp. 32-33.

[1224] Sarah Armstrong relève que nombreux juges dans l'application de la Convention de La Haye de 1980 ont très strictement interprété l'article 13 (1) (b) afin de ne pas priver l'État de la résidence habituelle de l'enfant de sa juridiction : ARMSTRONG Sarah, « L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye », in FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 111-122, spéc. p. 116 ; V. aussi en ce sens FULCHIRON Hugues, « La lutte contre les enlèvements d'enfants », in FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 223-260, spéc. p. 233.

Il faut, en outre, relever, d'une part, que le règlement limite la portée des exceptions au retour immédiat[1225] et, d'autre part, que les juridictions de l'État membre où l'enfant avait sa résidence habituelle avant l'enlèvement restent compétentes pour statuer sur le fond de l'affaire (article 10 du règlement) et elles ont le dernier mot sur l'issue d'un tel différend (article 11 § 8 du règlement)[1226]. De surcroît, la décision du tribunal du pays d'origine ordonnant le retour de l'enfant –malgré le refus du pays vers lequel celui-ci est déplacé– est dispensée de l'exequatur (article 42 du règlement), ce qui constitue une originalité par rapport au système établi par la Convention de La Haye de 1980[1227]. Certes, il faut retenir que la Convention européenne dans certains arrêts récents « *risque de compromettre sérieusement l'effet utile du système institué par les paragraphes 6 à 8 de l'article 11 du règlement Bruxelles II bis* »[1228]. Malgré cette dernière observation il convient d'observer qu'au sein de l'Union européenne une force particulière est accordée au point de vue du pays de la résidence habituelle de l'enfant. Une telle observation peut être faite aussi pour ce qui concerne les décisions portant sur un droit de visite.

2. La circulation facilitée des décisions relatives au droit de visite

Le règlement Bruxelles IIbis –contrairement au règlement Bruxelles II– adopte une optique plus large quant au droit de visite en l'étendant au-delà des parents de l'enfant pour couvrir les grands-parents, les frères et sœurs et toute tierce personne entretenant

---

[1225] FULCHIRON Hugues, « La lutte contre les enlèvements d'enfants »,*op.cit.*, p. 234.

[1226] Article 11 § 8 du règlement : « *Nonobstant une décision de non-retour rendue en applicationde l'*article *13 de la convention de La Haye de 1980, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire conformément au chapitre III,* article *4, en vue d'assurer le retour de l'enfant* » ; V. TENREIRO Mário, « L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, Le nouveau règlement « Bruxelles II » », in FULCHIRON Hugues Nourissat Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 39-49, spéc. p. 45,47.

[1227] Sur cette originalité v. ANCEL Bertrand, MUIR WATT Horatia, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles IIbis », *Rev.crit DIP* 2005, pp. 569-605, spéc. pp. 600-604 ; FULCHIRON Hugues, « La lutte contre les enlèvements d'enfants », in FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 223-260, spéc. p. 250-255 ; HAMMJE Petra, « Le règlement (CE) no 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles IIbis », Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution », in FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 87-103, spéc. pp. 100-103 ; MAGNUS Ulrich, « Introductory remarks, Art. 40, Art. 42 », in MAGNUS Ulrich, MANKOWSKI Peter, *European Commentaries on Private International Law, Brussels IIbis Regulation*, Sellier european law publishers, Munich, 2012, pp. 343-345, n^{os} 1-7, pp. 360-364, n^{os} 1-12.

[1228] DEVERS Alain, « Les praticiens et le droit international privé européen de la famille », *Europe* novembre 2013, pp. 5-11, spéc. pp. 10-11, n^{o} 24.

un rapport étroit de fait avec l'enfant[1229]. Cela, combiné avec l'originalité du règlement Bruxelles II bis excluant la nécessité d'exequatur pour les décisions sur le droit de visite[1230] rend impossible le refus de leur reconnaissance dans les différents États-membres[1231]. Si les États ne se servent pas de leur marge de manœuvre sur le plan de modalités d'exécution de ces décisions pour les empêcher de développer des effets, le résultat atteint sur le plan de la circulation des situations est vraiment radical. Certes, faire reconnaître un droit de visite n'a pas la même force symbolique que l'ensemble des droits découlant de la responsabilité parentale. Pourtant, l'automaticité de la circulation de ces décisions– à supposer qu'elle ne soit pas mise en cause –est de nature à promouvoir le rapprochement des législations au sein des États membres. En outre, le fait que les États membres acceptent la circulation de ce type de décisions indépendamment du lien de filiation ou du rapport de droit qui leur sert de support ou de justification est un élément à prendre en considération lors de l'appréciation d'autres décisions étrangères portant sur des aspects beaucoup plus sensibles.

La présentation des problèmes relatifs à la responsabilité parentale des enfants issus d'une procréation médicalement assistée révèle que la différence des conceptions quant aux liens de filiation peut être source des discontinuités. Le lien de la filiation et la détermination du droit applicable à celui-ci peuvent faire partie de la stratégie des litigants lorsque des intérêts opposés surgissent au sein des personnes ayant initialement formé en concertation un projet parental. Dans une telle situation la manière de résoudre le problème de la question préalable se révèle parfois déterminante pour la résolution du problème de la responsabilité parentale. Pourtant, la force d'intervention de l'ordre public international fait que la solution *lex causae* ne constitue pas une solution qui est plus convaincante que celle de la *lex fori*. Il y a lieu toutefois de chercher une solution de la question préalable qui ne se conçoive pas en termes stricts de théorie de la *lex fori*. Il existe en effet plusieurs éléments nous incitant à suggérer cette approche. Tout d'abord, le droit international privé conventionnel révèle que les ordres juridiques ne sont pas des systèmes étanches. La Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants

[1229] MAGNUS Ulrich, « Art. 40 », in MAGNUS Ulrich, MANKOWSKI Peter, *European Commentaries on Private International Law, Brussels IIbis Regulation*, Sellier european law publishers, Munich, 2012, pp. 347, n° 6.

[1230] Sur le droit de visite dans le règlement Bruxelles IIbis v. DEVERS Alain, « Le droit de visite », in FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 105-108.

[1231] DEVERS Alain, « Le droit de visite », in FULCHIRON Hugues Nourissat Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 105-108, spéc. p. 107 ; PANET Amélie, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, (dir. de thèse Cyril Nourissat), Université Jean Moulin Lyon 3, thèse soutenue le 14 février 2014, n° 1056, pp. 406-407.

prévoyant le retour automatique de l'enfant enlevé démontre que les ordres juridiques le plus réservés devront accepter des relations familiales qui ne sont pas reconnues chez eux. Ainsi, une acculturation des ordres juridiques se produit. Ce mouvement se renforce par la place centrale de la résidence habituelle de l'enfant dans la Convention de La Haye de 1996 en tant que critère de compétence mais aussi en tant qu'élément de rattachement pour la désignation du droit applicable à la responsabilité parentale. Cette constatation fait que les décisions des juridictions de la résidence habituelle auront un poids considérable même lorsqu'elles conduisent à la consécration des situations familiales qui ne sont pas acceptées par tous les ordres juridiques. Pareille tendance se renforce au sein de l'Union européenne. L'abolition dans le règlement Bruxelles II bis de la procédure d'exequatur pour les décisions relatives au retour des enfants et au droit de visite est le premier facteur conduisant à la facilitation de la circulation des situations reconnues valables au sein d'un ordre juridique donné. Le deuxième facteur est la Cour de Justice de l'Union européenne qui limite la marge d'appréciation des États aussi bien lors de l'utilisation de l'exception de l'ordre public qu'au moment de la mise en œuvre des règles de conflit de lois. Ces tendances nous invitent à repenser le problème de la question préalable et sur le rôle que la règle de conflit doit jouer dans un tel contexte.

§ 2. Dépassement de la règle de conflit par la mise en œuvre d'une règle matérielle internationale

Une approche fondée sur l'idée de reconnaissance se rapproche en ce qui concerne certains fondements de la théorie de la *lex causae*. En ce sens, nous pourrions citer une partie de la doctrine française qui estime que le recours à la théorie de la question préalable trouverait une meilleure justification dans le souci de protection des situations acquises[1232]. La conceptualisation de la théorie de la question préalable en termes de théorie des droits acquis démontre un lien entre la résolution de la question préalable selon la *lex causae* et l'approche incitant à résoudre ce problème grâce à la méthode de la reconnaissance. D'ailleurs, M. WENGLER s'est aperçu que l'application des règles de conflit de la *lex causae* ne peut pas être absolue et au contraire il a concédé que sa

[1232] FRANCESCAKIS Phocion, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, SIREY, Paris, 1958, pp. 214-215, nos 227-228 ; DEBY-GÉRARD France, *La règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, préf. Berthold GOLDMAN, DALLOZ, Paris, 1973, p. 305, no 373 ; FADLALLAH Ibrahim, *La famille légitime en droit international privé* (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage), préf. de Henri BATIFFOL, DALLOZ, Paris, 1977, p. 35, no 33 ; AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, 7ème éd. Refondue, Economica, Paris, 2013, pp.285, no 317.

proposition ne pourrait être acceptée que « *sous réserve d'importantes exceptions* …»[1233]. Il sera, donc, par la suite question des fondements de la solution préconisée (A) et des modalités de sa mise en œuvre (B), dont l'importance dépasse le contexte des questions préalables.

A. ENTRE LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE ET LA POSSESSION D'ÉTAT

La méthode de la reconnaissance renouvelle le débat des questions préalables dans la mesure où il supprime la nécessité de consultation des règles de conflit sur une question préalable comme celle du lien de la filiation. L'adoption d'une telle solution, même si elle n'écarte pas la probabilité d'un refus de reconnaissance des filiations et de leurs effets, permet de mettre l'accent sur les raisons les plus centrales d'un tel résultat et plus précisément sur les motifs qui fondent le recours à l'ordre public international. L'examen de ces motifs est particulièrement important lorsque ce mécanisme d'exception est invoqué à l'encontre des personnes privées et de leurs relations familiales. Une telle solution est de nature à contribuer à la simplification de la réglementation du contentieux lié à la circulation des situations et traduit mieux la réalité du droit positif quant au traitement des questions préalables.

D'ailleurs, son adoption présente des affinités avec la théorie de la question préalable. Elle n'est pour autant pas équivalente à la théorie de la question préalable parce qu'elle ne conduit pas nécessairement à l'application aux questions préalables des règles de conflit de la *lex causae*. La méthode de la reconnaissance préconise d'accepter la solution qu'apporte à la question préalable l'ordre juridique dans lequel la filiation a été cristallisée. Ainsi, dans le cas d'une gestation pour autrui où la mère porteuse est française la solution de la *lex causae* militerait en faveur de l'application de la loi française sur la question de la filiation tandis que la méthode de la reconnaissance militerait en faveur du point de vue de l'ordre juridique dans lequel la filiation a été cristallisée. Toutefois, l'adoption de cette méthode peut se heurter à des inconvénients qui font leur apparition dans des situations où des conflits d'intérêt entre personnes privées sont en cause. Cela dit, il existe des avantages d'une approche fondée sur le principe de la reconnaissance.

[1233] WENGLER Wilhelm, « Nouvelles réflexions sur les « questions préalables » », *Rev.crit DIP* 1966, pp. 165-215, spéc. p. 166, 214 ; v. aussi WENGLER Wilhelm, « The general principles of private international law », *RCADI* 1961-III, pp. 279-469, spéc. p. 416.

Nous nous arrêterons un instant aux inconvénients et aux objections formulées à l'égard d'une telle solution (1) avant de présenter un nouvel argument en sa faveur (2).

1. Inconvénients de la méthode de la reconnaissance

Tout d'abord, il convient de prendre acte de l'hostilité d'une partie de la doctrine allemande et française à l'égard de la consécration du principe de la reconnaissance[1234]. L'opportunité de l'adoption d'une telle méthode a été envisagée en particulier par rapport à des liens de filiation comme ceux tissés à la suite des procédés d'assistance médicale à la procréation. Étant donné que les problèmes qui surgissent actuellement dans la jurisprudence française mais aussi étrangère concernent des questions sociétales et le plus souvent sensibles il paraît que l'exception de l'ordre public continuera à être érigée en obstacle à leur reconnaissance et circulation[1235]. D'ailleurs, il n'existe pas dans la jurisprudence des cas dans lesquels la règle de conflit a été l'obstacle au refus de reconnaissance de tous ces liens de filiation tissés à la suite d'une gestation pour autrui ou à une autre technique de procréation médicalement assistée.

Cependant, l'analyse effectuée ci-dessus des exemples relatifs à la responsabilité parentale démontre que des règles de conflit rigides comme celles de France et de Grèce peuvent dans certains cas conduire à l'application de législations qui ne reconnaîtront pas le lien de filiation issu d'une gestation pour autrui et ne permettront pas à ses effets de se développer à travers les frontières des pays. Une solution donc fondée sur le principe de reconnaissance n'est pas dénuée d'intérêt.

Il faut, toutefois, relever que, face à des situations révélant des intérêts concurrents, la méthode de la reconnaissance peut rencontrer plusieurs difficultés générant du scepticisme quant à son utilisation[1236]. Des intérêts opposés des justiciables peuvent être à l'origine d'une contestation sur l'existence d'un lien de filiation. Faut-il pour autant dans ce cas revenir à la règle de conflit pour résoudre la question de l'existence du lien de filiation ? Nous ne le pensons pas. Monsieur LAGARDE, préconise

---

1234 CORNELOUP Sabine, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Trav.com.fr.dip* 2011-2012, pp. 189-222 et débats pp. 223-228, spéc. p. 221, note no 76 ; BUSCHBAUM Markus, « La reconnaissance des situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois », *D.* 2011, pp. 1094-1100, spéc. pp. 1095-1099.

1235 Rappr. NIBOYET Marie-Laure, in débats à la suite de la communication de CORNELOUP Sabine, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Trav. com. fr. dip* 2011-2012, pp. 189-222 et débats pp. 223-228, spéc. p.226-227.

1236 LAGARDE Paul, « La reconnaissance mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 481-501, spéc. pp. 497-501.

l'adoption d'une règle matérielle substantielle à l'instar de celle qui a pu être proposé pour le droit international privé français qui met en avant le lien de filiation le plus vraisemblable[1237]. Certainement, dans ces situations le juge évaluera entre autres facteurs l'intérêt de l'enfant à l'existence du lien de la filiation. Parmi ces facteurs il faudra tenir compte de la situation de fait créée après le recours à l'assistance médicale à la procréation et notamment du comportement des participants au processus envers l'enfant et de la manière dont ceux-ci sont perçus par leur environnement social. La contestation du lien de filiation ne sera pas exclue en tant que possibilité, mais il paraît préférable face à l'incertitude générée par l'internationalisation des procédés d'assistance médicale à la procréation, de postuler qu'en cas de doute la faveur pour l'existence de la filiation doit prévaloir. Faire pencher le fardeau de la preuve de la sorte présente entre autres l'avantage de responsabiliser les gens impliqués dans ce type de processus. Certes, une telle solution ne serait pas à même de résoudre le problème de la réserve d'ordre public.

2. Un nouvel argument en faveur de la méthode de la reconnaissance

En dépit des différences existantes entre les États membres de l'Union européenne quant à la conception du lien de filiation et quant aux formes jouissant d'une reconnaissance explicite, un consensus se forme par rapport aux situations familiales qui sont dignes de protection. Il s'agit des situations familiales que le temps leur a permis de laisser des traces. La Convention européenne des droits de l'Homme oblige les États membres du Conseil de l'Europe à accorder une protection à ces situations familiales. Les moyens de protection ne sont pas dictés par le texte de la Convention ou par les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, les États conservent la marge leur permettant de choisir les moyens juridiques pour assurer cette protection. Il est raisonnable de déduire qu'une voie opportune de cette protection consiste à ne pas soulever des obstacles à la reconnaissance des situations cristallisées dans d'autres ordres juridiques.

Un argument en faveur de la reconnaissance des situations familiales effectives se trouve dans le point 47 du préambule de la proposition pour la modification du règlement Bruxelles IIbis. Selon ce point : « *Lorsqu'une personne ayant avec l'enfant des liens familiaux de facto, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, réside dans un État membre et souhaite engager une procédure pour obtenir un droit de visite dans un autre État*

[1237] LAGARDE Paul, « La reconnaissance mode d'emploi », *op.cit.*, p. 501.

membre où l'enfant a sa résidence habituelle, cette personne devrait être autorisée à contacter directement les autorités compétentes de l'État membre dans lequel elle réside pour obtenir des conclusions sur sa capacité à exercer le droit de visite … »[1238]. Certes, cette mention n'équivaut pas à une reconnaissance des droits spécifiques aux personnes ayant développé des liens de famille *de facto*. Il constitue néanmoins une manifestation de l'importance grandissante de la protection attribuée à des situations familiales de ce type. La mention de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme constitue un indice à l'appui d'une solution inspirée de la méthode de la reconnaissance. La référence à des liens de famille *de facto* pourrait fonctionner comme source d'inspiration concernant les conditions nécessaires pour la mise en œuvre d'une telle solution. Celle-ci pourrait se révéler utile en présence des liens de filiation auxquels donne lieu le recours à une assistance médicale à la procréation. Il reste à examiner certaines applications ponctuelles de la solution envisagée en matière d'effets personnels.

B. MISE EN ŒUVRE DE LA SOLUTION EN MATIÈRE D'EFFETS PERSONNELS

La solution que l'on a envisagée et proposée n'est pas de nature à constituer une réponse à toutes les difficultés liées au problème de reconnaissance des filiations. Elle peut néanmoins être d'utilité dans des affaires de gestation pour autrui (1) et des doubles liens de filiation monosexués (2).

1. Mise en œuvre dans le cas d'une gestation pour autrui

Les juridictions qui devront s'occuper d'un problème de responsabilité parentale dans le cadre d'une gestation pour autrui et en l'absence d'une décision relative à la question principale seront en mesure de mettre en œuvre la solution que l'on préconise. En principe, les juges devront prendre en considération le lien de filiation décrit dans l'acte de naissance invoqué par l'une des parties. Dans une telle situation, l'une des parties pourrait invoquer l'absence du lien de filiation selon le droit applicable pour que la demande de la partie adversaire ne soit pas acceptée.

[1238] Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), Bruxelles, le 30.6.2016 COM(2016) 411 final.

Dans ce cas de figure les juges devront, d'abord, contrôler l'authenticité de l'acte public produit devant eux et ensuite vérifier si le lien de filiation invoqué correspond à une réalité effective. Il s'agira en d'autres termes d'examiner si une réalité familiale effective a pu être établie entre la personne qui invoque cette filiation et l'enfant dont la responsabilité parentale est en cause. Dans le cas où cette double condition est remplie, le lien ne pourra être contesté que dans deux cas. La première possibilité sera de prouver que le lien de filiation est inexistant aussi bien au regard de la loi désignée applicable selon le système de droit international privé du juge du for qu'au regard du droit applicable selon le système du pays de l'autorité qui a édicté l'acte d'état civil. La deuxième possibilité sera de prouver que le lien de filiation établi est contraire à la conception de l'ordre public du juge du for.

Cette solution pourrait permettre d'éviter le conflit entre une décision et un acte d'état civil si cette règle matérielle que l'on propose était acceptée au niveau régional. Ainsi, si un particulier a recours à une juridiction dont la loi nationale ne permet pas la reconnaissance du lien de filiation en cause, l'existence d'un acte d'état civil relatant le lien de filiation et l'existence d'une vie familiale effective entre les personnes désignées dans cet acte combinées avec la loi du pays selon lequel l'acte est dressé paralysera la mise en cause du lien de filiation.

2. Mise en œuvre dans le cas d'un double lien de filiation monosexué

La reconnaissance progressive des doubles liens de filiation monosexués par un nombre grandissant de pays en Europe et dans le monde incite à penser qu'un grand nombre de contentieux se développera autour de ces affaires. Il convient d'ailleurs ajouter qu'au moins au sein de couples composés par deux femmes la possibilité de concevoir et donner naissance à un enfant est médicalement beaucoup plus aisée que le cas d'une gestation pour autrui.

Dans ce cas, en présence des conditions explicitées ci-dessus le juge devra se dispenser du besoin de chercher le droit applicable à la filiation pour constater l'absence ou l'existence du lien de filiation. Ceci étant, la concordance de l'acte d'état civil et de la réalité familiale effective devra suffire pour faire reconnaître le lien de filiation. Cependant, il faut noter que des situations de ce type sont susceptibles de présenter deux particularités qui pourraient rendre leur résolution plus difficile. La première apparaît lorsque la compagne ayant accouché de l'enfant tentera d'exploiter le phénomène de la

frontière et la divergence des législations peu de temps après la naissance de l'enfant et l'établissement de l'acte de naissance tenant compte de ce double lien de filiation monosexué. La question pourrait se poser dans ce cas de savoir si on peut parler d'une situation familiale effective à l'égard de la compagne n'ayant pas donné naissance à l'enfant. Si cette dernière a suivi toutes les étapes de la procréation médicalement assistée conjointement avec la première femme et conformément aux conditions d'accès du pays où le processus a eu lieu et si la réalité d'un projet parental commun ne fait pas doute, nous pensons qu'il faudra faire reconnaître le lien de filiation. La situation serait normalement différente si la femme enceinte se déplace vers un pays ne reconnaissant pas ce type de liens de filiation.

Dans une telle situation, la solution préconisée ne pourrait pas produire son effet. L'absence tant d'un acte d'état civil que du fait tangible de la naissance de l'enfant dans un pays reconnaissant le lien de filiation incite à penser qu'il faudra faire intervenir *ab initio* le système de droit international privé du pays d'accueil dans son ensemble. Bien qu'une telle situation fasse révéler un déséquilibre en faveur de la femme enceinte par rapport à sa compagne ayant éventuellement aussi contribué à la conception et mise en œuvre d'un projet parental, il semble préférable de faire prévaloir dans son ensemble le système de droit international privé du pays de naissance de l'enfant.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La divergence de conceptions quant à la reconnaissance des liens de filiation créés à la suite d'une assistance médicale à la procréation a une incidence sur la réglementation des effets personnels. Un lien de filiation inédit peut constituer un motif de refus de reconnaissance d'une décision portant sur les effets personnels de la filiation. Lorsque toutefois le problème surgit dans la sphère du droit international privé de l'Union européenne il sera beaucoup plus ardu de refuser la reconnaissance des décisions admettant l'existence de ces liens de filiation que lorsque le même problème se pose dans un contexte international. La manifestation la plus caractéristique de la facilitation de la reconnaissance est celle de la circulation automatique des décisions en matière de droit de visite et de retour automatique des enfants illicitement déplacés.

Certes, l'ordre public conserve une place centrale dans ce contentieux. Ce mécanisme sera à l'origine des obstacles au déploiement des effets de liens de filiation

tissus à la suite d'une gestation pour autrui ou une procréation assistée ouverte à un couple de personnes de même sexe dans les pays adoptant des positions prohibitives par rapport à ces procédés. Son intervention paralysera parfois la circulation des décisions portant sur la responsabilité parentale. A l'inverse de l'intervention de l'ordre public la règle de conflit ne constitue qu'un obstacle mineur à la circulation des effets des filiations ayant attiré notre attention. Il existe pourtant des inconvénients à l'invocation de la règle de conflit dans de telles configurations qui devraient être évités. Ceux-ci découlent du fait qu'un refus de reconnaissance reposant sur la règle de conflit paraîtra dans un nombre de cas plus légitimé qu'un refus reposant sur l'exception d'ordre public car il sera d'apparence plus respectueuse de la diversité des solutions nationales.

Il n'en reste pas moins vrai que le refus de reconnaissance de situations familiales existantes *de facto* est inéquitable. Il l'est d'autant plus lorsqu'il repose sur le jeu de la règle de conflit en matière de filiation dont le rôle se trouve considérablement diminué dans le contentieux relatif aux effets personnels. Ces observations renforcent la conviction d'un besoin d'assouplissement de son jeu en matière de filiation. Cet assouplissement conduisant à une simplification des procédures soulevant la question préalable de la filiation peut être réalisé par l'adoption d'une solution inspirée de la méthode de la reconnaissance.

Le rôle de la règle de conflit et l'utilité d'une solution inspirée de la méthode de la reconnaissance seront également examinés à propos des effets patrimoniaux d'une filiation.

CHAPITRE 8

LES EFFETS PATRIMONIAUX DE LA FILIATION

La connexion des effets de nature patrimoniale du lien de filiation avec celui-ci est moins étroite que celle des effets personnels. Il n'en reste pas moins que l'originalité et la particularité des processus ayant conduit à la naissance et à la filiation d'un enfant peuvent aussi influencer le sort des affaires portant sur les effets patrimoniaux de la filiation. Dans les lignes qui vont suivre nous montrerons comment ces liens de filiation peuvent nourrir le contentieux en matière d'aliments et de successions.

En parallèle, l'étude de la circulation des effets patrimoniaux de la filiation révèle aussi des signes d'affaiblissement du rôle de la règle de conflit similaires à ceux constatés dans le chapitre précédent. Ces signes sont plus intenses dans le champ d'intervention du législateur de l'Union européenne. Ils concernent en particulier le rôle de la règle de conflit en matière de filiation et s'observent à chaque fois que la question de la filiation surgit comme question préalable notamment dans le contentieux portant sur l'obligation alimentaire. En matière de droits successoraux l'imbrication de la question préalable de la filiation avec le droit à la succession ne met pas clairement en doute la règle de conflit en matière de filiation. La promotion, néanmoins, d'une réglementation uniforme des obligations alimentaires et de la succession au sein de l'Union européenne et la mise en place de mécanismes de facilitation de la reconnaissance des solutions dans ces domaines d'un État à l'autre –tels que le certificat successoral européen– révèlent une concession majeure de la part des États membres en ce qui concerne leurs exigences de contrôle des solutions émanant d'autres États membres. En matière successorale le renforcement de la confiance mutuelle dans l'Union européenne se complète grâce à la création des règles de conflit de juridictions dirigeant le contentieux relatif à la succession principalement vers le pays de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès.

L'affaiblissement du contrôle des solutions prononcées par les juridictions d'autres États membres en matière d'effets patrimoniaux va au-delà de la règle de conflit pour affecter plus crucialement la réserve de l'ordre public international. La manifestation la plus spectaculaire du relâchement des conditions de circulation des solutions dans ce

domaine s'observe dans le règlement 4/2009 qui interdit à l'État requis l'exception de l'ordre public international[1239]. Dans le règlement 650/2012 la reconnaissance des situations est promue par l'adoption du certificat successoral européen.

L'étude de la réglementation des effets patrimoniaux de la filiation ne doit néanmoins pas conduire à l'impression que les écueils à leur circulation sont complètement effacés. Le mécanisme de l'ordre public qui maintient sa pertinence dans une grande mesure peut être à l'origine d'une réaction à la réglementation de la question préalable de la filiation par l'État d'origine. Et il existera des cas où la règle de conflit intervenant pour la résolution de la question préalable de la filiation conduira à nier son existence. Le refus de reconnaissance de la filiation est insatisfaisant lorsqu'il concerne des liens cristallisés dans un acte public d'un ordre juridique donné, qui correspondent à des situations familiales effectives. C'est la raison pour laquelle on affirme aussi dans ce contexte le besoin de ménager une place précise à la solution inspirée de la méthode de reconnaissance. Son opportunité se confirme en particulier lorsque le contentieux résulte d'un comportement abusif d'une des parties et le refus de reconnaissance du lien de filiation n'est pas lié avec l'ordre public international. Les constatations qui précèdent seront mises en lumière aussi bien en examinant la circulation des obligations alimentaires (1ère Section) que celle des droits successoraux (2ème Section). L'étude de la place de la règle de conflit et des conditions relatives à la circulation des décisions et des situations ont été, comme dans le chapitre précédent, effectués à partir d'une série d'hypothèses précises qui seront présentées ci-dessous.

À nouveau, la majeure partie de l'analyse se focalisera sur les effets des liens de filiation issus de l'accès à une gestation pour autrui tout en mettant en lumière des difficultés soulevées par d'autres processus de procréation médicalement assistée. Leur caractère controversé et la divergence dans leur réglementation d'un pays à l'autre peuvent susciter des problèmes de droit international privé. Ces difficultés seront illustrées principalement à partir des trois hypothèses suivantes.

1er cas : insémination artificielle sans consentement du mari. La divergence des règles en matière de procréation médicalement assistée concerne, entre autres aspects, les conditions d'accès aux différents processus. On a déjà constaté que les conditions d'accès ne sont pas uniquement liées aux aspects techniques des processus mais peuvent

[1239] V. *infra*, section 1§2A, pp. 544 et *seq.*

influencer l'établissement d'un lien de filiation[1240]. Cela, transparaît du scénario suivant : Un couple marié formé d'une femme grecque et d'un homme français résidant en Grèce s'engage dans une procédure d'insémination artificielle. Entre temps le couple divorce mais le mari ne révoque pas son consentement par écrit comme la loi grecque le requiert. Le mari, étant informé de la législation française (art. 311-20 C. civ.), il croit que la dissolution du mariage vaut révocation automatique de son consentement au processus de procréation médicalement assistée. La femme donne naissance à deux filles jumelles. Conformément au droit grec un lien de filiation est établi à l'égard de l'ex-mari, inscrit dans l'acte d'état civil comme père des enfants. Supposons encore que quelques années plus tard l'ex-mari rentre en France et refuse de payer son obligation alimentaire à ses enfants. Sa femme pourrait dans un tel cas revendiquer en France au nom de ses filles une obligation alimentaire et l'ex-mari pourrait rétorquer l'absence de liens de filiation entre lui et les enfants. La situation serait différente dans le cas où la femme aurait obtenu une décision en Grèce reconnaissant l'obligation alimentaire de son mari à l'égard des enfants et tenterait par la suite de la faire reconnaître en France.

2ème cas : gestation pour autrui et discorde entre la mère porteuse et les parents d'intention[1241]. Pour ce deuxième scénario on suppose un couple formé d'un homme français et d'une femme anglaise qui ont eu accès à une gestation pour autrui au Royaume-Uni à l'aide d'une mère porteuse anglaise. Supposons aussi que la dernière change d'avis durant le processus et décide de garder l'enfant, ce qui est envisageable selon le droit anglais. Imaginons encore que le couple des parents d'intention décide[1242], après avoir échoué à obtenir la responsabilité parentale de l'enfant, de déménager en France et que la mère porteuse revendique au nom de son enfant une obligation alimentaire contre le père génétique. Les parents d'intention pourraient dans un tel cas s'y opposer en soutenant qu'ils ne sont pas les parents de l'enfant.

Un problème dans ce cas concernerait les moyens que les parents d'intention auraient à leur disposition pour se défendre en présence d'une décision anglaise reconnaissant un droit des aliments de l'enfant contre le père d'intention ayant un lien

---

[1240] V. chapitre 1.

[1241] Le cas présenté n'est pas hypothétique mais résulte d'une affaire déjà survenue. Les faits et les informations relatives à cette affaire sont puisés dans l'article de TRIMMINGS Katarina, « The Interface between Maintenance and Cross-Border Surrogacy », in Paul BEAUMONT, Burkhard HESS, Lara WALKER, Stefanie SPANCKEN (sous la dir. de), *The Recovery of Maintenance in the EU and worldwide*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2014, pp. 261-272, spéc. pp. 266-267.

[1242] Cette hypothèse pourrait également se présenter et concerner un couple d'hommes ayant eu recours à une gestation pour autrui.

génétique avec cet enfant. Une autre difficulté dans une telle situation pourrait surgir si après la gestation pour autrui le couple rentre dans le pays de sa résidence habituelle et la mère d'intention, qu'on suppose de nationalité française, change d'avis et n'assume pas son obligation alimentaire à l'égard de l'enfant.

Enfin, l'arrêt *Fontaine*[1243] permet d'imaginer un scénario différent selon lequel la mère porteuse se prévaudrait tardivement de sa qualité de mère selon le droit français pour revendiquer une pension alimentaire de l'enfant qu'elle aurait porté.

Les configurations précédentes de fécondation *in vitro* et de gestation pour autrui peuvent aussi soulever des problèmes liés à la succession des personnes envisagées. Enfin, un problème de succession qui n'a pas été examiné suffisamment en doctrine et qui n'a pour l'instant pas été résolu en pratique est le suivant.

3ème cas : recours d'un couple à une insémination *post mortem* et revendication des droits successoraux. Supposons qu'une femme mariée ait eu accès à une procréation *post mortem* sans toutefois obtenir l'autorisation judiciaire requise par le droit grec. Après la naissance de son enfant elle tente de se prévaloir de l'héritage de son mari décédé qui est situé en Grèce, mais les proches du mari contestent le lien de filiation entre l'enfant et celui-ci. Le problème se présenterait en des termes différents dans le cas où la femme aurait, avant de revendiquer des droits successoraux pour le compte de son enfant, obtenu une décision à l'étranger reconnaissant ce dernier comme l'enfant de son époux prédécédé. Dans ce dernier cas le problème se présenterait en termes de reconnaissance de cette décision en Grèce.

[1243] ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé,* préf. Henri Batiffol, 5ème éd., DALLOZ, Paris, 2006, n° 17, pp. 151-156.

SECTION 1

FILIATION ET CIRCULATION DES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES

§ 1. Persistance de la règle de conflit en matière d'obligations alimentaires

L'examen des situations envisagées ci-dessus dans des contentieux différents révèle que la règle de conflit pourra occasionnellement fonctionner comme moyen favorisant la reconnaissance d'un lien de filiation (A) ou comme obstacle à celle-ci (B). En fonction de circonstances le résultat final sera tantôt satisfaisant tantôt inéquitable. En dehors de l'appréciation de certaines solutions au fond, la mise en œuvre de la règle de conflit en matière de filiation pour la résolution des questions préalables n'arrive pas toujours à convaincre de l'opportunité de son intervention.

A. LA RÈGLE DE CONFLIT COMME MOYEN FAVORISANT LA RECONNAISSANCE D'UNE FILIATION

1. Obligation alimentaire des enfants issus d'une fécondation in vitro

1er cas : insémination artificielle sans le consentement du mari. Les règles de compétence prévues par le règlement 4/2009 se substituent à celles prévues par le droit commun des États membres[1244]. L'article 3 a) du règlement assurera donc dans le premier cas présenté la compétence des juridictions françaises comme celles du lieu de la résidence habituelle du défendeur. Pour ce qui concerne le droit applicable, l'article 3 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 novembre 2007 désigne comme applicable à l'obligation alimentaire du père envers son enfant la loi de la résidence habituelle du créancier[1245]. Celle-ci sera en l'espèce la loi grecque. En consultant le droit grec de la famille on constate qu'il conçoit l'obligation alimentaire

[1244] V. considérant 15 du règlement ; v. aussi BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, t. II, partie spéciale, 3ème édition, Paris, 2014, p. 267, n° 789 ; NIBOYET Marie-Laure, DE GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, 5ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2015, p. 370, no 547.

[1245] BONOMI Andrea, « The Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations », *Yearbook of Private International Law* 2008, pp. 333-357.

comme dépendante d'un lien de filiation si bien qu'il sera nécessaire de se prononcer au préalable sur la question de l'existence de la filiation et du droit applicable à celle-ci. Le considérant 21 du règlement précise que le protocole ne détermine pas « *la loi applicable à l'établissement des relations de famille sur lesquelles se fondent les obligations alimentaires* ». Le problème continue donc de « *relever du droit national des États membres, en ce compris leurs règles de droit international privé* »[1246]. Par conséquent, il faudra consulter l'article 311-14 du Code civil français, qui conduira à l'application du droit grec, en tant que droit de la nationalité de la mère. L'application du droit grec conduirait à l'admission du lien de filiation établi entre le père et l'enfant et à la reconnaissance de l'obligation alimentaire.

Ce résultat pourrait ne pas être atteint, si l'application du droit grec à la question préalable était considérée contraire à l'ordre public. Toutefois, le déclenchement du mécanisme de l'ordre public dans ces circonstances semble relativement exagéré. L'impossibilité de création de ce lien de filiation, si le processus impliquant les mêmes parties avait eu lieu en France, ne suffit pas pour considérer que la reconnaissance d'un tel lien contrevient aux conceptions fondamentales de l'ordre juridique français. En l'occurrence, il convient d'observer que pour des situations similaires à celle envisagée en l'espèce le rattachement par la nationalité n'est pas le critère de rattachement le plus adapté. Il n'existe pas de justification convaincante en doctrine permettant d'expliquer en quoi une femme française ayant sa résidence habituelle en France se trouverait dans une situation différente d'une femme grecque ayant sa résidence habituelle en France. Les titres de l'application des règles françaises en matière de filiation dans cette dernière configuration de la situation ne seraient pas moins importants.

2. Obligation alimentaire des enfants issus d'une gestation pour autrui

2ème cas : gestation pour autrui et changement d'avis de la mère porteuse. Si l'hypothèse impliquant une gestation pour autrui et une revendication d'obligation

[1246] Considérant 21 du règlement 4/2009. Des telles affirmations avaient été déjà incluses dans des textes conventionnels relatifs aux conflits de lois en matière des aliments. Ainsi, l'article 5 al. 2 de la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants prévoit que : « Elle ne règle que les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires. Les décisions rendues en application de la présente Convention ne pourront préjuger des questions de filiation et des rapports familiaux entre le débiteur et le créancier. ». Cette disposition a été reprise dans l'article 2 de la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, qui prévoit que : « *La Convention ne règle que les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires. Les décisions rendues en application de la Convention ne préjugent pas de l'existence d'une des relations visées à l'article premier.* ». Sur ces dispositions v. LEQUETTE Yves, « Le droit international privé à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI* 1994-II, t. 246, pp. 9-234, spéc. pp. 106 et *seq.*, n° 104 et *seq.*

alimentaire reste rare et exceptionnelle sa survenance n'est pas exclue. Et en effet, un problème du même type que celui décrit ci-dessus s'est présenté au Royaume-Uni dans une situation n'impliquant pas d'éléments d'extranéité. Il s'agit de l'affaire *CW c. NT & Anor*[1247] concernant une gestation pour autrui traditionnelle altruiste. Selon un accord informel la mère porteuse allait recevoir 10.000 £ pour les dépenses occasionnées par la gestation pour autrui. Le processus ne s'est pas déroulé comme prévu. La mère porteuse a changé d'avis et a finalement gardé l'enfant. Le changement d'avis de celle-ci a eu comme conséquence que les parents légaux de l'enfant étaient selon le droit anglais la mère porteuse et le père d'intention. Le père a demandé une *residence order* qui permettrait à l'enfant de rester avec lui et son épouse mais la *High court* la lui a refusée. En outre, il a été condamné à payer 568 £ par mois au titre d'obligation alimentaire due à l'enfant. Une telle situation peut se reproduire dans un contexte international et elle pourrait également impliquer un couple ayant sa résidence habituelle en France. Dans cette éventualité la différence des réglementations et l'incertitude des solutions françaises par rapport aux liens de filiation découlant d'une gestation pour autrui peuvent être déterminantes pour l'issue de l'affaire.

En présence d'une telle situation la compétence des juridictions françaises serait fondée sur la résidence habituelle du défendeur (article 3 a du règlement 4/2009). Ensuite, selon les articles 15 du règlement 4/2009 et 3 § 1 du Protocole de La Haye de 2007 concernant la loi applicable aux obligations alimentaires, la loi anglaise serait applicable en tant que loi de la résidence habituelle du créancier. Et le droit anglais serait également applicable à la question du lien de filiation entre l'enfant et l'ex-mari en vertu de l'article 311-14 du Code civil. L'application du droit anglais aux liens de filiation devrait normalement conduire à la reconnaissance de la mère porteuse en tant que mère légale et du père d'intention en tant que père de l'enfant. Décider autrement serait en contradiction avec la jurisprudence française en vigueur.

On constate que dans ces affaires la désignation du droit applicable à la question de la filiation peut avoir aussi un résultat bénéfique pour les personnes invoquant un lien de filiation. Il convient, toutefois, de noter que ces solutions laissent un peu sceptique. Ce sentiment s'explique éventuellement par deux facteurs. Le premier tient à la désignation de la loi applicable selon l'article 311-14 C. civ. qui est en soi une disposition assez problématique[1248]. Le deuxième facteur est lié à une considération substantielle. Le lien de

[1247] [2011] EWHC 33 (Fam) (21 January 2011) ; AHMAD A., « Surrogate Mother who Kept Baby Wins Claim for Support », *Bionews* 18 avril 2011, consultable sur: <www.bionews.org.uk/page_93040.asp>.
[1248] V. aussi pour la critique formulée dans le chapitre 3, section 2, § 1.A.1., p. 191 et *seq.*

filiation invoqué n'a été voulu par aucun des personnes participant au processus d'assistance médicale à la procréation et ne correspond pas à une situation familiale factuelle. Les réponses ne doivent pas nécessairement être considérées comme inopportunes mais elles doivent susciter la réflexion. Pour avoir une vue d'ensemble sur l'influence de la règle de conflit en matière de filiation examinons les circonstances dans lesquelles elle peut empêcher la reconnaissance du lien de filiation.

B. LA RÈGLE DE CONFLIT COMME OBSTACLE À LA RECONNAISSANCE D'UNE FILIATION

Un refus de reconnaissance du lien de filiation qui sert comme fondement à un effet patrimonial peut résulter du recours aux règles de conflit en matière de filiation aussi bien au sein de l'ordre juridique français (1) qu'au sein de l'ordre juridique grec (2).

1. Au sein de l'ordre juridique français

La variation des faits dans les exemples choisis et plus précisément de la nationalité des personnes impliquées est à même d'influer directement sur l'issue des affaires en cause. Ainsi, dans le cas relatif à l'insémination artificielle si la mère était de nationalité française l'article 311-14 du C. civ. conduirait à l'application du droit français à la question de la filiation paternelle. L'application du droit français en l'espèce conduirait à la conclusion que l'ex-époux ne peut pas être considéré comme le père de l'enfant parce qu'en vertu de l'article 311-20 al. 2 C.civ. le consentement est privé d'effet en cas de dépôt de requête en divorce[1249].

L'impossibilité de faire établir un lien de filiation en raison du jeu de la règle de conflit se rencontrerait aussi dans le deuxième scenario envisagé ci-dessus concernant une gestation pour autrui. Si, dans ce cas la gestatrice avait la nationalité française ou la nationalité d'un pays interdisant la gestation pour autrui et ne reconnaissant pas les liens de filiation créés en faveur des parents d'intention, il serait impossible de faire reconnaître des liens de filiation avec un homme qui ne serait pas le père génétique de

[1249] Pour la portée du consentement à la réglementation de la filiation dans le cas d'une procréation médicalement assistée avec le matériel génétique du mari v. civ., 1re , 16 mars 2016, no 15-13.427, *D.* 2016, p. 706, note GALLMEISTER Inès, VINEY François, « Retour sur l'établissement de la filiation après une procréation médicalement assistée », *D.* 2016, pp. 977-981.

l'enfant. Dans l'exemple donné, le jeu de la règle de conflit ne joue pas un rôle important parce que le point de vue des ordres juridiques impliqués converge sur la question. L'importance pratique se révélerait si le couple avait eu recours dans un pays ne permettant pas à la mère porteuse de changer d'avis et le père d'intention ou l'enfant tenterait de se prévaloir par la suite d'une obligation alimentaire en France.

L'impossibilité de reconnaissance des liens de filiation dans ces contentieux relatifs aux obligations alimentaires paraît dans certains cas critiquable. Elle l'est en particulier à chaque fois que le lien de filiation, dont la reconnaissance est en cause, a pu fonctionner sans obstacles pendant une période donnée au sein d'un ordre juridique ne le reconnaissant pas. Elle l'est aussi parce qu'aucune raison impérieuse reposant sur des considérations propres au droit international privé ne semble animer cette solution plus que dans le premier cas où une loi permissive est désignée applicable. Une autre critique qui peut être formulée à l'encontre de ces solutions est puisée dans des considérations de droit substantiel. Celle-ci est liée au fait que les arguments avancés par l'une des parties impliquées dans des processus de ce type correspondent à des stratégies litigieuses ayant comme objectif de se libérer des obligations qu'elle a pu, au moins dans un stade initial, considérer comme obligatoires à l'égard de l'enfant qui serait né. Une telle stratégie litigieuse pourrait éventuellement être écartée comme constitutive d'un abus de droit. Cependant, il existe des difficultés sérieuses pour qu'un argument reposant sur un abus de droit soit accepté en particulier parce que les conditions pour qu'une telle défense soit efficace sont strictes. Enfin, l'impossibilité de la reconnaissance du lien de filiation surtout en présence d'une situation familiale ayant fonctionné pendant quelque temps semble injuste du fait que la réglementation des obligations alimentaires au niveau international est animée par la faveur pour le créancier d'aliments.

D'ailleurs, le caractère inéquitable de certaines solutions auxquelles conduit le jeu d'une règle de conflit abstraite se retrouve dans une situation inverse de celle rencontrée dans l'arrêt *Fontaine*[1250]. On peut imaginer dans un ordre juridique comme la France qui ne permet pas la création d'un quiconque lien avec la mère d'intention, que l'enfant continue à grandir avec ses deux parents d'intention. L'impossibilité de tisser un lien de filiation avec la mère d'intention peut permettre à un enfant de se libérer des obligations qu'il aurait normalement à l'égard de ses parents. Ainsi, l'enfant débiteur de l'obligation pourrait invoquer l'absence de lien de filiation à l'égard de sa mère pour se débarrasser de son obligation alimentaire.

[1250] ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, préf. Henri Batiffol*, 5ème éd., Dalloz, 2006, § 17, pp. 151-156.

L'interrogation est indispensable étant donné que des propositions sont exprimées en doctrine suggérant la création d'une filiation à l'image du mariage putatif permettant uniquement à l'enfant de bénéficier des droits liés à la filiation[1251]. Un tel résultat est difficile à justifier si on imagine les conséquences auxquelles une telle situation est susceptible d'aboutir. La demande des aliments par un parent surviendra souvent en présence de situations où le créancier sera confronté à des problèmes financiers. Le refus de la part d'un enfant d'aller au secours de son parent pourra normalement être expliqué par des raisons personnelles et non par les valeurs qu'une telle solution serait censée protéger ou par l'intention de sanctionner la fraude commise par ses parents au moment de l'initiation du processus. En conséquence, l'accepter signifierait qu'on accepte l'instrumentalisation du droit par l'un des litigants dans un différend à forte connotation personnelle. Une telle solution équivaudrait à une instrumentalisation de la réglementation des effets de la filiation et du lien de filiation pour obtenir un objectif étranger aux objectifs poursuivis par ces dispositions. La mobilisation du jeu de l'article 311-15 du Code civil préconisée par une partie de la doctrine pourrait être utile dans certaines occasions[1252]. La possession d'état exclue en jurisprudence française à ce jour en matière de gestation pour autrui, devrait être acceptée pour l'établissement d'un lien de filiation dans des situations similaires à celles envisagées dans ce contexte.

2. Au sein de l'ordre juridique grec

L'étude des exemples choisis n'a pas comme objectif de démontrer que la cause principale des problèmes des filiations découlant d'une assistance médicale à la procréation est la règle de conflit. La situation envisagée ci-dessus démontre que les difficultés peuvent aussi bien découler de la mise en œuvre d'une règle de conflit abstraite que d'une réflexion insuffisante à propos des moyens d'articulation des solutions substantielles poursuivant des objectifs convergents mais en adoptant des voies différentes.

[1251] Ainsi v. GUILLAUMÉ Johanna, note sous Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, no 14-21.323, *M. Boren c/Procureur général près CA Rennes*, *J.D.I.* 2015, pp. 103-117, spéc. p. 116. Selon Mme Guillaumé « …*les parents ne devraient supporter que les charges et les obligations liées au statut de parents, telles que la responsabilité parentale, la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Ils n'auraient donc pas de droits subjectifs à faire valoir à l'encontre de l'enfant ; par exemple le droit aux aliments*. ».

[1252] D'AVOUT Louis, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Trav. Com. fr. DIP*, 2014-2016, n° 19 (à paraître).

2ème cas : gestation pour autrui. Dans le cas de la Grèce l'affaire relative à la gestation pour autrui peut se présenter en des termes différents. Pour pouvoir percevoir les complications potentielles supposons que la mère d'intention et la mère porteuse sont anglaises et le père grec. Dans l'hypothèse où la mère porteuse de notre exemple revendique l'obligation alimentaire –à supposer que le juge grec lui reconnaisse la qualité d'agir– la compétence serait fondée sur l'article 3 a) du règlement 4/2009. En ce qui concerne le droit applicable, l'article 3 du Protocole de La Haye de 2007 désigne comme applicable le droit de la résidence habituelle du créancier qui sera dans ce cas le droit anglais. Comme le lien de filiation constitue aussi en droit anglais, au moins dans certains cas, une condition pour la revendication des aliments, il conviendrait alors de s'interroger sur l'existence de ce lien et sur le droit applicable à celui-ci[1253]. Le droit anglais considère, comme il ressort de la décision citée, que la mère porteuse est la mère légale de l'enfant et elle peut alors revendiquer un tel droit. Il conviendrait toutefois d'examiner quel serait le droit applicable à la filiation selon les règles de conflit du for. Nous avons examiné ci-dessus les dispositions pertinentes et nous avons présenté dans la première partie comment l'implication des plusieurs personnes dans les différents processus d'assistance médicale à la procréation met en question l'adaptabilité des éléments de rattachement retenus[1254]. La situation envisagée dans ce contexte confirme ces difficultés. Bien que d'autres positions aient été exprimées à propos des règles de conflit en matière de filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui[1255], ce sont les articles 17 et 14 C.civ. grec qui devraient être consultés pour la désignation du droit applicable aux liens de filiation[1256].

La mise en œuvre de ces dispositions se révèle complexe, la complexité dérivant de la détermination de ce qu'il faut entendre par le mot parents utilisé dans la majeure de la règle de conflit des articles 17 et 14 du Code civil grec. Si le droit grec était considéré applicable, la mère porteuse devrait être considérée comme la mère en droit puisque l'exception à la règle qui veut que la mère soit celle qui accouche produit son effet

---

1253 Un cas nécessitant l'application du droit anglais relatif à l'obligation alimentaire peut être intéressant aussi parce que ce droit dissocie l'obligation alimentaire du lien de la filiation. C'est la raison pour laquelle un droit aux aliments pourrait être reconnu sans qu'il soit nécessaire de vérifier l'existence d'un lien de filiation entre le père d'intention et l'enfant né de la gestation pour autrui.

1254 V. chapitre 3, section 2, p. 184 et *seq.*

1255 PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec : les principes de l'égalité et de l'intérêt de l'enfant », version revue et augmentée de la contribution au colloque « Droit de la famille et des successions en Grèce et au Liban » au Conseil juridique de l'État à Athènes, le 27 avr. 2015 (à paraître), *op. cit.*, nº 1

1256 V. chapitre 3, section 2, § 2, A.1, pp. 207 et *seq.*

uniquement lorsque les conditions prévues par le droit grec sont réunies. En conséquence, si la mère porteuse était mariée avec un ressortissant anglais, les règles de conflit grecques conduiraient à l'application de la loi de leur nationalité commune. Cette dernière loi conduirait à considérer comme mère en droit la mère porteuse. La solution pourrait être différente, si on retenait comme parents les parents d'intention et ceux-ci avaient leur résidence habituelle en Grèce. Dans ce cas, le droit grec serait applicable. Ces difficultés dans la mise en œuvre de la règle de conflit ne sont pas dans ce cas l'obstacle à la reconnaissance des liens de filiation mais indiquent la complexité de la mise en œuvre des règles de conflit en matière de filiation.

§ 2. L'affaiblissement du rôle de la règle de conflit et de l'ordre public en matière d'obligations alimentaires

L'évolution du droit international privé fait révéler un affaiblissement progressif des obstacles potentiels à la circulation des décisions portant sur des obligations alimentaires. Cette tendance, déjà existante dans le droit international privé conventionnel par la faveur affichée envers le créancier d'aliments, s'affirme de manière plus caractéristique dans la réglementation des obligations alimentaires au niveau de l'Union européenne. La manifestation probablement la plus impressionnante de cette facilitation de circulation de la réglementation internationale des obligations alimentaires est l'effacement de la condition de l'exequatur pour les décisions rendues dans des États liés par le Protocole de La Haye de 2007 (A) mais se constate aussi dans le recul de la règle de conflit, notamment lors de sa mise en œuvre pour la résolution d'une question préalable de statut personnel (B).

A. L'EFFACEMENT DE LA CONDITION DE L'EXEQUATUR

L'adoption du règlement 4/2009 portant sur les obligations alimentaires marque une étape de plus dans le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres de l'Union européenne. On peut aussi identifier dans ce système de réglementation de l'obligation alimentaire des signes en faveur de la reconnaissance des situations cristallisées et plus précisément des liens de filiation qui constituent parfois la raison d'être d'une obligation alimentaire. Nous pensons que le premier élément promouvant

une reconnaissance indirecte des liens de filiation se trouve dans la déconnexion de la question de la filiation de l'obligation alimentaire, qui préexiste au règlement 4/2009 (1). Toutefois, l'étape la plus significative a été la suppression de l'exequatur pour les décisions rendues dans un État membre lié par le Protocole de La Haye de 2007 (2).

1. La déconnexion du lien de filiation et de l'obligation alimentaire dans le droit conventionnel

La première section du règlement 4/2009 –concernant la reconnaissance, la force exécutoire et l'exécution des décisions rendues dans un État membre lié par le Protocole de La Haye de 2007– et le rapport explicatif de la Convention de La Haye de 1996 concernant la responsabilité parentale procèdent à des observations intéressantes quant à l'influence des décisions rendues en matière d'aliments et en matière de responsabilité parentale sur le problème de la reconnaissance des liens de famille. L'article 22 du règlement contient une affirmation solennelle de l'absence d'influence sur le problème de la filiation. Celle-ci est présente déjà dans l'intitulé de la disposition « *Absence d'effet sur l'existence des relations de famille* ». Celle-ci dispose que : « *La reconnaissance et l'exécution d'une décision en matière d'obligations alimentaires en vertu du présent règlement n'impliquent en aucune manière la reconnaissance des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance qui sont à l'origine des obligations alimentaires ayant donné lieu à la décision* ». Une interrogation persiste quant à la signification du fait que cette disposition n'est pas reprise dans les articles portant sur le régime de reconnaissance des décisions provenant des pays qui ne sont pas liés par le Protocole de La Haye de 2007 en matière de droit applicable. En dehors de cette observation, la portée de cette disposition peut se comprendre en regardant des affirmations similaires dans les textes des Conventions de La Haye portant sur les obligations alimentaires[1257].

Le système instauré par les Conventions de La Haye de 1958 et 1973 en matière d'obligations alimentaires démontre la faveur affichée envers le créancier des aliments, ce qui justifiait finalement la dissociation entre le rapport familial et le droit aux aliments. Cette dissociation avait amené la pratique jurisprudentielle à exclure la possibilité

[1257] Des formules similaires existent déjà dans l'article 1er de la Convention de La Haye du 15 avril 1958 et dans l'article 3 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 ; V. sur la dissociation de l'obligation alimentaire du rapport familial ANCEL Bertrand, « L'internationalisation de l'obligation alimentaire envers les enfants par le droit conventionnel de la reconnaissance des décisions », in Mélanges FRITZ STURM , vol. II, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, 1999, pp. 1337-1353, spéc. pp. 1340-1342.

d'invocation de l'ordre public sous son volet familial dans le cadre conventionnel[1258]. Il faut toutefois noter que l'application de ces conventions dans la jurisprudence se situe dans un contexte historique différent où le problème principal relatif à la filiation concernait des enfants nés hors mariage. En outre, en vertu des conventions précitées même si le débiteur ne pouvait pas s'opposer efficacement à l'exécution d'une décision le condamnant à verser des aliments au motif de l'ordre public, son intervention n'était pas *a priori* exclue[1259]. Ainsi, comme M. ANCEL l'observait à propos d'une décision portant sur une obligation alimentaire reste : «… *sous le contrôle de l'ordre public substantiel du for requis, lequel, même limité à son volet alimentaire, autorisera à ne pas reconnaître une condamnation à pension reposant par exemple sur une base toute artificielle, dans le cas où, par l'effet de présomption trop peu réfragable, le rapport charnel relèverait de la fiction* »[1260]. Dès lors, le maintien de l'ordre public international dans les textes conventionnels pourrait avoir une importance renouvelée dans le cadre actuel faisant apparaître des liens de filiation inédits. Dans le contexte actuel il paraît que l'avènement des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation et les divergences découlant de ces liens ne sont pas suffisamment pris en considération. Ceci étant, la possibilité d'invoquer à ce stade la contrariété de l'ordre public contre un droit alimentaire reposant sur un lien de filiation inconnu dans l'ordre juridique de réception aurait pu affecter la réglementation de ces questions. Cela n'est plus possible avec la suppression de l'exequatur pour une catégorie des décisions.

2. La facilitation de la reconnaissance des décisions sous le régime du règlement

Des manifestations de facilitation de reconnaissance des situations ne découlent pas nécessairement d'un abandon de la règle de conflit en matière de filiation, bien qu'on puisse aussi dans ce domaine constater des signes d'affaiblissement. La faveur pour la reconnaissance est inhérente aux aspects différents de la réglementation de l'Union européenne. Ainsi, on peut observer avec M. Lagarde que : « *la place croissante de la méthode de la reconnaissance des situations s'accompagne effectivement d'une prédominance de la question de la compétence et d'un recul corrélatif de la méthode des conflits de lois*…. »[1261]. L'accord sur les règles de compétence prévues par les règlements de l'Union européenne implique aussi une

[1258] ANCEL Bertrand, « L'internationalisation de l'obligation alimentaire… », *ibid.*, p. 1346.
[1259] *Ibid.*, p. 1349.
[1260] *Ibid.*, p. 1352.
[1261] LAGARDE Paul, « En guise de synthèse », in Marc FALLON, Paul LAGARDE et Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, Peter Lang, Bruxelles, 2011, pp. 365-388, spéc. p. 368.

reconnaissance facilitée de l'ensemble des solutions prononcées par les juridictions d'autres États-membres.

La manifestation néanmoins la plus caractéristique de cette faveur pour la reconnaissance est la suppression de l'exequatur dans le règlement 4/2009 pour les décisions rendues dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007[1262]. Il n'est plus possible de s'opposer à l'exécution d'une telle décision sur la base de l'ordre public international. Ce changement a fait l'objet d'une critique importante en doctrine[1263]. Seul un refus d'exécution de la décision est désormais envisageable dans les conditions très strictes de l'article 21. Selon le § 2 de cet article l'exécution peut être refusée seulement si le droit de la demander est prescrit selon les règles procédurales du for ou dans le cas où la décision dont on demande l'exécution est inconciliable avec une décision rendue dans l'État membre d'exécution ou dans un autre État membre ou État tiers. Cette deuxième hypothèse pourrait éventuellement être exploitée dans le contexte des différends qu'on examine.

Le résultat auquel amène le système de reconnaissance des décisions instauré par le règlement 4/2009 est radical aussi pour ce qui concerne les rapports de filiation constituant la cause de la condamnation à une obligation alimentaire. Ainsi, dans une situation telle que celle envisagée ci-dessus à propos d'une fécondation *in vitro* à laquelle le mari n'aurait pas consenti selon les règles substantielles françaises, l'effacement de l'exequatur et l'impossibilité de le refuser sur le fondement de l'ordre public international paralyserait toute objection possible à la circulation d'une décision grecque qui aurait condamné cet homme à verser une somme à titre d'obligation alimentaire[1264]. Dans des situations de ce type, le système de reconnaissance institué par le règlement 4/2009 facilite considérablement la circulation des décisions relatives à l'obligation alimentaire. Ainsi, pour cette catégorie des décisions il est désormais impossible de s'opposer à leur reconnaissance. Il est, par conséquent, aussi impossible de contester la décision au motif que le lien de parenté sur lequel repose l'obligation alimentaire est inexistant. En l'espèce il serait impossible à l'ex-mari de contester la décision rendue en Grèce, même si la

[1262] Une des premières manifestations du régime libéral de circulation des décisions relatives aux obligations alimentaires a pu récemment être recensée : Cass. civ., 1re, 25 mai 2016, no 15-21.407, *JCP* 2016, p. 1117.

[1263] SIEHR Kurt, « The EU Maintenance Regulation and the Hague Maintenance Protocol of 2007, Recognition of Foreign Judgments and the Public Policy Defence », in *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans Van Loon*, Intersentia, Antwerp, 2013, pp. 529-540, spéc. pp. 538-540.

[1264] Article 17 du règlement 4/2009.

réglementation française relative à la filiation des enfants nés d'une procréation médicalement assistée est considérée d'ordre public.

Le même effet ne serait pas produit concernant la reconnaissance d'une décision rendue au Royaume-Uni relative à l'obligation du père d'intention envers la mère porteuse parce que le Royaume-Uni et le Danemark sont exclus de l'application du règlement. Il serait toutefois produit dans le cas où la gestation pour autrui et la décision condamnant à verser une obligation alimentaire ont eu lieu par exemple en Grèce. La suppression de l'obligation de l'exequatur stipulée dans l'article 17 du règlement 4/2009 fera qu'il sera impossible d'opposer à un jugement condamnant à une obligation alimentaire sa contrariété à l'ordre public pour empêcher sa reconnaissance en France ou dans un autre pays de l'Union européenne lié par le règlement. Il est donc clair que dans une telle situation le système instauré par l'Union européenne facilite la circulation des effets découlant des liens de filiation, résultat qui autrement n'aurait pas nécessairement pu être produit dans l'ordre juridique de réception. Et bien que la reconnaissance d'une décision portant sur l'obligation alimentaire ne produise pas d'effet sur la question de la filiation, elle n'est pas dépourvue de signification pour le lien de filiation créé à l'étranger. L'avènement donc du règlement 4/2009 de l'Union européenne en supprimant la possibilité de recours au mécanisme de l'ordre public facilite la vie des personnes recourant à une procréation médicalement transfrontière. Ce mouvement est aussi renforcé par le recul de la règle de conflit en matière de filiation.

B. LE RECUL DE LA RÈGLE DE CONFLIT EN MATIÈRE DE FILIATION

Un examen attentif de la réglementation internationale des aliments montre que déjà depuis un moment des signes tangibles de l'affaiblissement du rôle de la règle de conflit en matière de filiation pourraient être ressentis (1). Cette constatation constitue un argument supplémentaire en faveur d'une solution reposant sur un principe de reconnaissance, dont l'apport ne doit pas être négligé (2).

1. Signes préexistants de recul de la règle de conflit

Identifier un recul de la règle de conflit de statut personnel à l'occasion de l'examen des effets des liens de filiation n'est pas vraiment inédit. Des signes d'un tel recul peuvent être retracés dans la réglementation internationale des conflits de lois en

matière des aliments effectuée notamment au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé. M. LEQUETTE dans son cours à La Haye de 1994 démontre, entre autres, la dépendance entre la question préalable du statut personnel et celle du droit aux aliments[1265] pour expliquer par la suite comment la règle de conflit en matière d'aliments et la faveur pour l'attribution des aliments affectent aussi le droit applicable aux liens de parenté[1266]. Cet auteur est très critique de cette orientation du droit conventionnel et il considère que ces règles conventionnelles portent « *en germe la ruine d'une des composantes les plus fortes du droit international privé traditionnel, le statut personnel* »[1267]. Ces observations laissent transparaître le recul de la règle de conflit en matière de filiation. Et dans cette direction il faut également ranger le fait que « *Lorsque le problème de l'établissement de la filiation doit être résolu préalablement à la question des aliments, il l'est, selon l'interprétation dominante, par application de la même loi que celle-ci* »[1268]. Selon le rapport officiel du Protocole de La Haye relatif aux aliments établi par M. BONOMI cette position est envisageable aussi en vertu de ce texte[1269]. La question n'est pas tranchée pour l'instant par la Cour de justice de l'Union européenne ce qui incite à penser que d'autres positions, telle l'application des règles de conflit du for, sont défendables[1270]. Cependant, la faveur pour le créancier des aliments continue à constituer un objectif affiché du Protocole de La Haye comme cela ressort des règles de conflit des articles 3 et 4. Précisément pour ce qui concerne les obligations alimentaires des parents envers leurs enfants l'article 4 prévoit la possibilité d'appliquer le droit du for, si la loi de la résidence habituelle du créancier n'accorde pas un tel droit aux enfants. Ceci étant, les observations de M. LAGARDE, consistant à dire que l'application des règles de conflit du for et de la *lex causae* à la question préalable peuvent mettre à néant la finalité matérielle des textes relatifs aux obligations alimentaires, conservent toujours leur pertinence[1271].

1265 LEQUETTE Yves, « Le droit international privé de la famille… », *op.cit.*, pp. 101-102, nos 96-97 et pp. 105-106, no 103, p. 111, no 112.
1266 LEQUETTE Yves, *ibid*, pp. 111-114, nos 112-114.
1267 LEQUETTE, *ibid.*, p. 118, no 118.
1268 MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 11ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2014, p. 461, no 648 ; en ce sens v. aussi ANCEL Bertrand, MUIR WATT Horatia, « Aliments sans frontières… », *op.cit.*, p. 475, no 17 ; CORNELOUP Sabine, « Les questions préalables de statut personnel… », *op.cit.*, p. 197 ; toutefois Messieurs AUDIT et D'AVOUT parlent d' « *une opinion répandue* » qui « *admet l'application de la règle spéciale prévue pour les aliments* ».
1269 BONOMI Andrea, *Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, Bureau Permanent de la Conférence, 2013, p. 24, pt. 24.
1270 CORNELOUP Sabine, « Les questions préalables… », *ibid.*, pp. 197-198.
1271 LAGARDE Paul, « Observations sur l'articulation des questions du statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé », in *Mélanges von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 511-528, spéc. p. 519, no 10.

Indicative du recul de la règle de conflit en matière de filiation est aussi la quasi-absence des travaux au niveau international, voire régional, concernant le droit applicable en matière de filiation. La question est récemment réapparue à l'ordre du jour au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'occasion de l'examen du problème de la gestation pour autrui et plus généralement des liens de filiation créées à la suite d'une procréation médicalement assistée. L'absence de telles démarches pour l'unification des règles de conflit en matière de filiation pourrait recevoir des interprétations diverses. Elle est éventuellement indicative de la divergence irréductible des conceptions étatiques. Toutefois, l'examen des solutions des règles de conflit en matière de filiation ne révèle pas des tendances claires partagées par les différents États en ce qui concerne les règles de conflit en matière de filiation. Ceci dit, même si on pourrait être critique des solutions des règles de conflit en matière de filiation retenues par le législateur français ou le législateur grec, cela ne devrait pas conduire à la conclusion qu'il existe dans d'autres ordres juridiques des règles de conflit en matière de filiation dont la valeur ajoutée ressort clairement[1272]. L'observation déjà effectuée des règles de conflit en matière de filiation d'un nombre considérable des pays membres de l'Union européenne révèle une mosaïque des solutions[1273]. Et cette mosaïque montre que les considérations le plus diverses semblent avoir inspiré l'économie générale des règles de conflit choisies. Parmi ces considérations la faveur pour l'établissement de la filiation est un élément récurrent. Ce bilan des règles de conflit en matière de filiation permet de penser qu'un grand rôle à la résolution des questions liées à la filiation revient au juge, sur la base de considérations substantielles.

Ensuite, il ne faut pas négliger qu'une partie considérable de la doctrine française et pas seulement envisage des applications ponctuelles d'une méthode de reconnaissance notamment lorsqu'une question préalable de statut personnel doit être résolue pour apporter une réponse à une question relative aux effets de filiation[1274]. L'acceptation ou le fait d'envisager la suppression de la règle de conflit lorsqu'elle intervient pour la résolution d'une question préalable dans le cadre d'application d'un règlement européen

[1272] Il faut d'ailleurs noter en défense du législateur français ayant édicté les règles de conflit en matière de filiation le fait qu'il a incorporé l'élément de la faveur pour l'établissement du lien de filiation notamment dans les articles 311-17 et 311-15 du Code civil. La pertinence de ce choix trouve un renfort important des données du droit international privé comparé puisqu'il s'agit d'une tendance embrassée par un grand nombre d'États européens.

[1273] Chapitre 3.

[1274] CORNELOUP Sabine, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Trav.com.fr.dip* 2011-2012, pp. 189-222 et débats pp. 223-228, spéc. p. 215-216 ; SANA-CHAILLÉ de NERÉ Sandrine, « Les questions préalables », in Tristan AZZI, Olivera BOSKOVIC, *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 123-138, spéc. pp. 136-137.

démontre que la nécessité de son intervention, jadis pensée comme inébranlable, ne l'est plus dans la même mesure.

Cette constatation est d'ailleurs étayée par un examen attentif de l'évolution du droit international privé de l'Union européenne. Ainsi Mme CORNELOUP observe que sous le régime de la Convention de Bruxelles de 1968 les États avaient une raison précise – et plus précisément l'article 27 – 4° – de s'opposer à la reconnaissance d'une décision lorsque l'État : « *pour rendre sa décision, a, en tranchant une question relative à l'état ou à la capacité des personnes physiques….méconnu une règle de droit international privé de l'État requis* »[1275]. Cette condition n'a pas été reprise dans les autres règlements de l'Union européenne régissant des effets divers liés au statut personnel. La suppression du contrôle de la loi appliquée peut être considérée comme un alignement du droit à la pratique jurisprudentielle suivie en France et ailleurs. En fait, la jurisprudence montre que le contrôle de conformité à l'ordre public des décisions portant sur une obligation alimentaire était limité à la dimension alimentaire en excluant la composante familiale et cela même lorsque celle-ci était le fondement de la condamnation du débiteur[1276].

D'ailleurs, le recul de la règle de conflit se manifeste en ce qu'elle a été supprimée comme condition de contrôle de tous les jugements entrant dans le champ d'application d'un règlement émanant de l'Union européenne. La suppression de cette condition des règlements européens portant sur la reconnaissance des décisions constitue un signe tangible de l'affaiblissement de la portée de la règle de conflit. La portée donc de la règle de conflit ne peut alors rejaillir au stade de la circulation des décisions que si elle sert d'argument en termes de proximité pour renforcer l'argumentation en faveur de l'invocation de l'ordre public. Ensuite, il faut observer avec Madame CORNELOUP que : « *certaines décisions relatives à l'état des personnes circulent déjà actuellement en Europe sur le fondement des règlements européens lorsqu'elles constituent le support d'une décision principale régie par un règlement européen* »[1277].

[1275] CORNELOUP Sabine, *ibid.*, pp. 201-202 ; ANCEL Bertrand, MUIR WATT Horatia, « Aliments sans frontières, le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires) », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 457-484, spéc. p. 470, n° 11.

[1276] Cass. civ. 1re, 9 novembre 1983, *Rev. crit. DIP* 1984, note ANCEL Bertrand, pp. 501-510, spéc. p. 505; ANCEL Bertrand, « L'internationalisation de l'obligation alimentaire envers les enfants par le droit conventionnel de la reconnaissance des décisions », in *Mélanges FRITZ STURM*, vol. II, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, 1999, pp. 1337-1353, spéc. p. 1343-1345 ; Pour la même solution en Italie v. GIARDINA Andrea, « L'exequatur partiel en Italie des décisions étrangères en matière de filiation », in *Multitudo Legum Ius Unum*, *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Wengler*, vol. II, InterRecht, Berlin, 1973, pp. 337-355, spéc. pp. 339-342, 352-353.

[1277] CORNELOUP Sabine, *ibid.*, p. 209.

Enfin, un autre aspect indiquant la diminution de la portée de la règle de conflit en matière de filiation découle de l'organisation des règles de compétence en matière d'aliments. Comme M. ANCEL et Mme MUIR WATT le relèvent, le système des règles de compétence institué par le règlement 4/2009 indique une option inégalitaire de compétence en faveur du créancier[1278]. Le créancier d'aliments qui aura dans la grande majorité de cas l'initiative du procès pourra saisir aussi bien les tribunaux de sa résidence habituelle que ceux de la résidence habituelle du débiteur. Il pourra dès lors prendre en considération d'avance la solution globale du juge requis à propos du lien de filiation qui sert de support à la demande des aliments. En conséquence, il est à penser qu'il ne saisirait pas le juge d'un pays, dont la règle de conflit conduit à une loi ne reconnaissant pas le lien de filiation ou dont l'ordre public international se heurterait à une loi le reconnaissant. Cela combiné au fait que l'article 8 du règlement exclut pour le débiteur la possibilité de saisir une autre juridiction une fois qu'une décision est rendue dans le pays de la résidence habituelle du créancier attestent aussi de la faveur pour le créancier d'aliments.

Dans un tel paysage, l'adoption d'une règle de nature substantielle favorisant la reconnaissance des liens de filiation en présence d'éléments permettant de parler de cristallisation de ces liens de filiation ne viendrait pas comme un coup de tonnerre mais plutôt comme une meilleure traduction d'une réalité qui est déjà présente.

2. Apport d'une règle fondée sur le principe de la reconnaissance

Pour comprendre l'apport de la solution que nous préconisons il faut se placer dans un contentieux relatif aux aliments impliquant un lien de filiation créé à la suite d'une procréation médicalement assistée ou d'une gestation pour autrui n'impliquant pas une décision judiciaire. Dans un tel contentieux le débiteur des aliments pourrait, en présence d'un ordre juridique restrictif quant aux processus de procréation médicalement assistée, être tenté de se défendre en invoquant l'absence du lien de filiation. Dans un tel contexte, la proposition que nous avons pu exprimer peut trouver application. L'application de la proposition préconisée serait de nature à réduire le contentieux généré par un débiteur qui tente d'éviter une décision le condamnant à verser des aliments.

[1278] ANCEL Bertrand, MUIR WATT Horatia, « Aliments sans frontières... », *ibid.*, pp. 464-466.

Examinons maintenant comment cette solution pourrait être mise en œuvre dans les scénarios envisagés ci-dessus en examinant le cas d'une filiation découlant de l'insémination artificielle (a) et celle d'une gestation pour autrui (b).

a. Filiation découlant d'une insémination artificielle

La solution proposée dans ce cas aurait le mérite de simplifier la procédure en dispensant de la nécessité de consulter le droit grec. Toutefois, comme on l'a vu l'époux ne serait pas privé de la possibilité de contester la filiation selon le droit du for et l'exception de reconnaissance envisagée ne pourrait pas fonctionner en l'espèce. Si la première condition de la reconnaissance du lien de filiation selon un droit étranger était réunie, la deuxième condition de la réalité factuelle du lien familial ne le serait pas. L'époux ignorant du processus n'aurait pas pu se voir s'imposer un lien de filiation auquel il n'a pas consenti. Le résultat ne serait pas heureux du côté de l'enfant mais de tels problèmes peuvent être évités en leur genèse, soit par le biais d'une uniformisation minimale des règles techniques d'accès à l'assistance médicale à la procréation, soit par l'amélioration des informations qui pourraient être fournie par une autorité centrale au niveau de l'Union européenne chargée de la surveillance des processus d'assistance médicale à la procréation.

L'issue du différend serait différente dans le cas où le mari malgré son divorce aurait assumé par des actes explicites son lien de filiation. L'existence de l'acte d'état civil combinée avec la réalité de la vie familiale constitueraient un ensemble de faits permettant de considérer la situation comme suffisamment cristallisée. Pour cette version allégée de la méthode de reconnaissance le lien du droit grec avec la situation serait suffisant pour affirmer la validité du lien de filiation. Toutefois, il faut de nouveau préciser que l'adoption d'une telle alternative de la méthode de reconnaissance ne dispense pas de l'interrogation relative à la compatibilité de la reconnaissance de la filiation avec l'ordre public international. Dans une telle situation conduisant à un lien de filiation accepté en France mais dans des conditions différentes, l'ordre public international ne suffirait pas pour le contester ou pour refuser sa reconnaissance. Dans une autre situation impliquant par exemple une gestation pour autrui ce mécanisme pourrait toutefois faire son intervention. En conséquence, le résultat auquel nous

amènerait l'adoption de toute version de la méthode de la reconnaissance ne dispensant du contrôle de l'ordre public n'est pas si radical.

b. Filiation découlant d'une gestation pour autrui

Dans le deuxième exemple impliquant une gestation pour autrui cette solution pourrait également simplifier les procès portant sur une obligation alimentaire. Si le contentieux se présentait devant l'ordre juridique français la solution ne changerait pas d'après la règle que l'on préconise puisqu'en réalité il n'existe pas de conflit de lois. Aussi bien le droit anglais que le droit français considèrent que la mère porteuse doit être considérée comme la mère. La solution indépendamment de la méthode choisie conduit au même résultat mais laisse sceptique parce qu'elle paraît satisfaire l'une des parties ayant usé de sa position de force à l'égard des parents d'intention.

La même situation ne recevrait pas de réponse différente si le problème était soulevé devant une juridiction grecque. Les deux cadres juridiques dans les circonstances envisagées conduisent à reconnaître comme mère la mère porteuse. Les mêmes observations de nature substantielle peuvent être formulées d'autant plus en Grèce parce que le droit grec résout la question de la filiation avant la naissance de l'enfant. Le manque d'équivalence des conditions de réglementation de la gestation pour autrui aboutit à ce résultat. La solution envisagée donc ne changerait pas l'issue de l'affaire. Même si l'on suppose que les considérations de nature substantiel à l'encontre de la reconnaissance du lien de filiation avec la mère porteuse pourraient être soulevés dans ce cas, on ne peut pas soutenir qu'il existerait des motifs suffisants pour faire jouer l'exception d'ordre public pour refuser la reconnaissance de son lien de filiation et par conséquent l'obligation alimentaire du père d'intention. Néanmoins, il faut préciser que le droit grec aboutirait à une réponse différente si la mère porteuse était mariée. Dans une telle situation son mari serait considéré comme le père de l'enfant, ce qui l'obligerait à contester en premier ce lien de filiation avant de revendiquer des aliments du père d'intention. Cependant, même en présence de telles circonstances la proposition que nous avons formulée ferait pencher la balance en faveur de la reconnaissance du lien de filiation et de l'obligation alimentaire. Ceci étant, le mérite de la solution proposée consisterait simplement à une simplification des procédures grâce à la dispense de consultation de la règle de conflit en matière de filiation. La réponse aurait pu être différente dans un autre contexte.

Dans l'hypothèse où, soit la mère d'intention, soit l'enfant invoque l'absence du lien de filiation pour éviter d'honorer son obligation alimentaire l'intervention de la méthode préconisée affecterait le résultat dans un contentieux éventuel. La situation impliquerait un acte de naissance étranger mentionnant comme parents les parents d'intention. Les deux parents arriveraient à rentrer dans un pays interdisant le processus comme c'est le cas actuel de plusieurs couples en France. Ils n'arrivent pas pour autant à faire établir un lien de filiation à l'égard de la mère d'intention mais ils assument conjointement les soins de l'enfant. En présence de ces faits nous pouvons parler d'une situation effective. La personne qui voudrait contester le lien de filiation pour se libérer d'une obligation découlant du lien de filiation ou pour revendiquer un droit qu'il n'a pas normalement en raison de l'existence de ce lien de filiation, devra prouver, soit que le lien de filiation est inexistant selon le droit substantiel du for et selon le droit substantiel du pays ayant édicté cet acte, soit prouver que la reconnaissance de ce lien *in concreto* serait contraire à l'ordre public international. La mise en œuvre du processus simplifierait le contentieux de ce type et faciliterait dans une certaine mesure la circulation des liens de filiation et leurs effets. Le mécanisme pourrait être mis en œuvre également lorsque l'application d'une règle substantielle du droit de l'Union européenne rend nécessaire de déterminer le bénéficiaire d'une prestation de se prononcer sur l'existence d'un lien de filiation. Enfin, la solution pourrait être de secours en présence d'un double lien de filiation monosexué dans des circonstances similaires.

En guise de conclusion nous pensons qu'une telle solution peut faciliter la reconnaissance de liens de filiation lorsque la question de leur existence se pose comme question incidente dans un contentieux portant sur les effets de la filiation.

Avant, toutefois, de finir l'appréciation découlant d'une adaptation des solutions examinons la place du lien de filiation dans le contentieux relatif aux droits successoraux.

SECTION 2

FILIATION ET CIRCULATION DES DROITS SUCCESSORAUX

Le lien de filiation peut aussi être la question préalable à la réglementation d'une succession internationale. Ceci étant, les difficultés de reconnaissance des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation peuvent exercer une influence à la réglementation de la succession des parents ayant réalisé un projet parental médicalement assistée. Les problèmes peuvent concerner plusieurs situations telles celle des enfants nés au sein d'un couple composé par deux personnes de même sexe, ou grâce à une gestation pour autrui ou un processus effectué *post mortem*. Nous démontrerons aussi que dans ce contexte la proposition soutenue ci-dessus consistant à dire que la filiation reconnue par un ordre juridique étranger dont la réalité a laissé ses traces dans le temps, mérite de reconnaissance, conserve son intérêt. Cette méthode entre règle substantielle et règle de conflit n'est pas à même de promouvoir la reconnaissance de tous les liens de filiation tissés à la suite d'une assistance à la procréation. Cette règle de faveur pour la reconnaissance des filiations, conforme à la portée attribuée à la protection de la vie familiale, permet principalement de simplifier la circulation des liens de filiation en faisant l'économie du raisonnement en termes de règles de conflit.

La solution cadre bien avec le système de réglementation des successions adopté par l'Union européenne qui favorise la reconnaissance de la réglementation des successions et qui atteste aussi d'un recul de la règle de conflit en matière de filiation chaque fois que celle-ci intervient au stade d'une question préalable. Bien que la résolution de la question préalable de statut personnel relève toujours de la compétence de chaque État membre, l'acceptation plus facile de la solution d'une succession ayant nécessité la réponse à une question de statut personnel même en l'absence de jugement atteste un recul de la règle de conflit au stade de la circulation des situations.

Nous démontrerons, dans un premier temps, les cas où la règle de conflit en matière de filiation reste de droit positif dans la résolution de la question préalable tout en envisageant l'impact d'une règle substantielle favorisant la reconnaissance des liens de filiation (§ 1) pour exposer, dans un deuxième temps, les solutions du règlement 650/2012, qui réduisent encore plus l'impact de la règle de conflit dans la résolution des questions préalables de filiation (§ 2).

§ 1. Persistance de la règle de conflit en matière des droits successoraux

La nécessité de consultation de la règle de conflit se ressent à chaque fois que la question de la filiation ressurgit comme question préalable dans le contexte d'un différend portant sur les droits successoraux. Il convient de rappeler que le problème relatif aux droits successoraux d'un enfant né d'une gestation pour autrui a déjà été invoqué en plusieurs occasions dans le contentieux devant les juridictions françaises et devant la Cour européenne des droits de l'Homme comme un argument en faveur de la reconnaissance des liens de filiation des parents d'intention. La question des droits successoraux des enfants conçus par procréation *post mortem* n'a pas retenu l'attention de la doctrine ou de la jurisprudence. Un arrêt récent du Conseil d'État autorisant une femme espagnole à faire exporter les gamètes cryoconservés de son mari vers l'Espagne, pays de sa nouvelle résidence habituelle, réanime l'intérêt pour ces problèmes[1279].

Les lignes qui suivent démontreront comment la règle de conflit peut être invoquée dans un tel contentieux et influer le lien de filiation constaté dans un acte de naissance. La place de la règle de conflit sera d'abord examinée à propos d'une filiation créée après une gestation pour autrui (A) et par la suite pour celle des enfants nés d'un processus d'assistance effectué *post-mortem* (B).

A. ENFANTS NÉS D'UNE GESTATION POUR AUTRUI

Le problème des droits successoraux au sein d'une famille créée par une gestation pour autrui va bientôt se poser. L'impossibilité de création dans certains ordres juridiques d'un lien de filiation avec la mère d'intention conjugué au fait que dans certains autres – tel l'ordre juridique anglais – le lien de filiation avec la mère d'intention se crée après la naissance sera à l'origine de complications au moment de la succession. Nous présenterons certaines de ces complications en commençant par ces situations où

[1279] CE, 31 mai 2016, n° 396848 ; *JCP* 2016, p. 1727, note BOSSE-PLATIÈRE Hubert ; *D.* 2016, note Marie Christine de MONTECLER, p. 1204 ; FULCHIRON Hugues, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, pp. 1472-1476 ; HAFTEL Bernard, « Insémination *post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit internationale privé* », *D.* 2016, pp. 1477-1480 ; SIFFREIN-BLANC Caroline, « Exportation de gamètes à l'étranger, petite brèce pour une insémination post-mortem », AJ fam 2016, p. 439.

l'impossibilité de reconnaissance du lien de filiation avec la mère d'intention sera de nature à générer un contentieux lié avec la succession.

1. Au sein de l'ordre juridique français

Cas de décès du mari. Le problème peut se présenter dans une gestation pour autrui effectuée à l'étranger dans le cas où le mari, supposons-le de nationalité française, décède après le retour en France. L'enfant né de la gestation pour autrui et ayant bénéficié de la succession de son père continue à vivre avec sa mère d'intention. Cette dernière qui assure *de facto* la responsabilité parentale de l'enfant n'a pourtant pas de lien de filiation reconnu avec cet enfant. Ceci étant, si ce dernier décède avant la mère d'intention, un contentieux relatif à la succession pourrait naître entre la mère d'intention et la mère porteuse.

La mère porteuse pourrait être tentée de contester le droit successoral de la mère d'intention. Si la question de la succession est amenée devant une juridiction, celle-ci devrait résoudre la question préalable du lien unissant la mère d'intention et l'enfant né de la gestation pour autrui. Dans un tel contexte les juges devraient appliquer la règle de conflit de l'article 311-14 du Code civil. Si la mère porteuse a la nationalité d'un pays acceptant le lien de filiation avec la mère d'intention, le problème ne se posera pas, parce qu'en vertu de la loi étrangère applicable la mère d'intention pourra se prévaloir de son lien avec l'enfant et bénéficier de la succession. Dans le cas contraire où la mère porteuse aurait la nationalité d'un pays ne permettant pas la création d'un tel lien de filiation, l'entremise de la règle de conflit pourra conduire à tenir comme inexistant le lien de filiation entre l'enfant et la femme qui aurait assuré son bien-être et son éducation. Et si la femme était d'une nationalité autre que la nationalité française, il y aurait la possibilité d'invocation de l'ordre public international. Dans le cas où la mère porteuse serait de nationalité française il serait très difficile d'éviter la solution du droit français interdisant toute possibilité de création d'un lien de filiation entre mère d'intention et l'enfant.

Une telle difficulté peut apparaître s'agissant des gestations pour autrui qui ont amené aux arrêts de la Cour de cassation du 3 juillet 2015. Dans ces deux affaires la gestatrice de nationalité russe était la femme mentionnée comme mère dans l'acte de naissance établi en Russie. Il convient néanmoins de préciser que dans des affaires de ce type le problème n'est pas lié à la règle de conflit parce que même l'acceptation du point de vue de l'ordre juridique étranger ne changerait point l'issue de la succession. L'acte

d'état civil mentionne comme mère la mère porteuse et par conséquent l'application du droit étranger ne changerait rien quant à la résolution du problème de la filiation. L'invocation de l'ordre public international en l'espèce ne sera d'aucun secours étant donné que le droit français ferme de la manière la plus absolue toute possibilité de consécration d'un lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant né d'une gestation pour autrui. Cet exemple permet de constater les impasses des solutions excluant de manière absolue la possibilité de tisser un lien de filiation avec la mère d'intention. En ce sens, les suggestions d'une partie de la doctrine préconisant, soit l'acceptation du jeu de la possession d'état en faveur des parents d'intention, soit la possibilité d'une adoption simple par la mère d'intention, pourraient sans grand inconvénient remédier à des problèmes similaires.

Contrairement à ces situations où finalement l'intervention de la règle de conflit ne change pas l'issue du différend, il en existe d'autres où la désignation par la règle de conflit conduira à un droit interdisant la création d'un quiconque lien de filiation. Ainsi, la réponse serait différente en présence d'une gestation pour autrui qui aurait eu lieu par exemple en Californie ou en Grèce. Dans ces juridictions où l'acte de naissance établi mentionne comme mère légale la mère d'intention la mise en œuvre de la règle de conflit en matière de filiation influencerait le sort de la succession. Chaque fois que la mère porteuse aura la nationalité d'un pays ne permettant pas la création d'un tel lien de filiation, le lien créé dans l'ordre juridique reconnaissant des liens de filiation en faveur de la mère d'intention ceux-ci ne pourront pas être reconnus. Nous verrons ci-dessous comment ce résultat peut être évité par la mise en œuvre de la solution qu'on préconise. Il convient de présenter au préalable comment le jeu de la règle de conflit en matière de filiation peut amener aussi en Grèce à mettre en doute des liens de filiation créés dans des ordres juridiques étrangers.

2. Au sein de l'ordre juridique grec

Au sein de l'ordre juridique grec le problème peut se poser à l'occasion de la revendication des droits successoraux dans une affaire impliquant un couple de femmes ayant eu recours à une insémination artificielle en Suède. Supposons dans l'exemple choisi que les deux femmes ont pu créer un double lien de filiation en Suède et qu'un acte d'état civil ait été créé mentionnant les deux femmes comme parents. Des deux femmes l'une de nationalité grecque a contribué avec son matériel génétique et l'autre de

nationalité suédoise a accouché de l'enfant. Imaginons encore que le couple de femmes en approchant à la retraite décide de déménager en Grèce pour y vivre le reste de sa vie. Si la femme grecque décède en premier sans faire au préalable un testament, la question des droits successoraux de l'enfant à son égard vont se poser. Étant donné qu'il sera impossible de se prévaloir de l'acte d'état civil établi en Suède, une procédure devra être initiée pour pouvoir bénéficier de la succession de la femme grecque. Il sera dès lors nécessaire encore dans ce contexte-là de consulter le droit applicable à la filiation de cet enfant. Les articles 17 et 14 du Code civil grec conduiront à l'application de la loi grecque et l'enfant ne pourra pas invoquer un lien de filiation à l'égard de la femme qui l'a élevé.

La difficulté de se prévaloir d'un tel lien de filiation serait la même dans le cas d'un couple constitué de deux femmes, dont l'une serait de nationalité française et l'autre de nationalité suédoise. L'obstacle levé dans ce cas serait aussi à regretter parce que dans cette situation on a vu que la position de l'ordre juridique français a récemment évolué en raison de l'acceptation de l'adoption au sein d'un couple ayant eu recours à une procréation médicalement assistée. On constate qu'en présence d'une telle situation et malgré la divergence des points de vue la règle de conflit abstraite du Code civil grec ne permettrait pas de se prévaloir du lien de filiation.

Des difficultés similaires en raison du caractère inflexible de l'élément de rattachement en matière de filiation peuvent s'observer dans des cas impliquant un processus de procréation médicalement assistée effectué *post-mortem*.

B. DES ENFANTS NÉS D'UN PROCESSUS EFFECTUÉ POST-MORTEM

Le processus d'une procréation médicalement assistée effectué *post-mortem* reste marginal en pratique. À l'exception de quelques cas très médiatisés –par exemple l'affaire *Blood* en Angleterre– en raison de la complexité des problèmes qu'ils ont soulevé, on n'a pas suffisamment prêté attention aux interrogations qu'elle suscite. L'examen de ces interrogations dans ce contexte est utile parce qu'il permet de constater l'ensemble de difficultés pouvant naître de l'imbrication des conditions d'accès à une assistance médicale à la procréation avec la question de la création du lien de filiation et celle des effets de cette filiation. Des exemples précis nous permettront de comprendre comment la question de la filiation et de ses effets surgit et peut être source de difficultés dans le cadre de la réglementation d'une succession à caractère international. Ces problèmes

seront examinés à la fois du point de vue de l'ordre juridique français (1) et de l'ordre juridique grec (2).

1. Au sein de l'ordre juridique français

La France pays membre de l'OTAN a une armée professionnelle qui s'engage régulièrement dans des opérations militaires dans le monde. Une partie considérable de l'effectif de cette armée comme d'ailleurs d'autres armées est constitué par des jeunes gens qui se préoccupent parmi d'autres questions de la procréation. La dangerosité des opérations auxquelles participent les professionnels de l'armée font que ceux-ci ont occasionnellement un intérêt important pour les techniques de procréation médicalement assistée[1280]. Cette réalité conjuguée au fait que l'accès aux services de procréation médicalement assistée implique souvent un contexte international démontre que la survenance du scenario qui suit, ne devrait pas être exclue.

Supposons donc qu'un soldat français marié siégeant à une base de l'OTAN en Grèce et marié avec une femme grecque procède avant son départ en mission en Syrie à la congélation de son sperme tout en donnant son consentement en forme notarié à ce que son épouse procède à l'utilisation *post-mortem*. En effet, 6 mois après la survenance du décès du soldat lors d'une opération en Syrie sa femme demande une autorisation judiciaire – comme la loi grecque l'exige – pour qu'elle puisse procéder à l'insémination avec son sperme. L'autorisation est accordée et un enfant est né. La femme au nom de son enfant (pas encore né) revendique sa partie à la succession qui a lieu en France. Le premier enfant du soldat issu d'un premier mariage en France conteste la vocation successorale du deuxième enfant au motif qu'il n'existe pas de lien de parenté entre lui et son père. Le juge français devra selon l'article 21 par. 1 du règlement 650/2012 appliquer à la succession la loi grecque comme celle de la résidence habituelle du défunt au moment du décès. La mise en œuvre des règles grecques relatives à la succession nécessiteront de déterminer si un lien de filiation a pu être créé entre le soldat et l'enfant conçu *post mortem* ce qui l'amènera en l'espèce à appliquer la loi grecque en tant que loi nationale de la mère (art. 311-14 du Code civil). Les faits de l'affaire conduisent à dire que selon le droit grec un lien de filiation existe entre le soldat et l'enfant et cet enfant

[1280] La question de l'accès des soldats américains aux services d'assistance médicale à la procréation et celle de la couverture du coût est un débat important aux États-Unis ; v. VAUGHN Rich, « Fight for Fertility Services for Wounded Vets Mired in Reproductive Politics », consultable sur : <https://www.iflg.net/fight-fertility-services-wounded-vets-mired-reproductive-politics/> dernière visite le 12.10.2016.

peut revendiquer ses droits à la succession *ab intestat* du soldat[1281]. La question qui se posera évidemment sera celle de savoir si la reconnaissance de la vocation successorale de l'enfant ou en d'autres termes l'admission en France des conséquences d'une filiation issue d'une insémination *post-mortem* est contraire à l'ordre public français[1282].

La réponse à la question de savoir s'il est possible d'opposer l'ordre public international à la reconnaissance des effets d'un lien de filiation *post-mortem* mérite notre attention. Tout abord, il faut observer que contrairement à la gestation pour autrui il n'existe pas en droit français d'interdiction explicite de la procréation *post mortem.* D'ailleurs, en gestation pour autrui malgré le refus ferme de la Cour de cassation de procéder à la reconnaissance des liens de filiation de la mère d'intention, l'ordre juridique français accepte tacitement que des liens de famille *de facto* se développent et l'État ne conteste pas la responsabilité parentale qui est en pratique partagée. Par conséquent, il ne sera pas aisé d'affirmer l'opposition de la reconnaissance des effets à l'ordre public international. Toutefois, des indices à l'appui d'une telle contrariété peuvent être puisés notamment dans deux dispositions, l'article 311-20 al. 3 du Code civil et l'article L. 2141-2 al. 3 du Code de la Santé publique[1283]. En l'espèce, on ne pourrait pas exclure qu'un juge français accepterait au moins l'établissement du lien de la filiation et éventuellement le droit de cet enfant à succéder l'homme prédécédé. Le résultat ne paraît pas choquant pour l'ordre juridique français en particulier dans un contexte similaire à celui décrit ci-dessus[1284].

1281 V. article 1457 « *L'insémination artificielle après le décès du mari ou de l'homme avec qui la femme vivait en union libre est permise par autorisation judiciaire seulement si les conditions suivantes sont réunies :*
a) Le mari ou le compagnon de la femme souffrait d'une maladie liée à un risque probable de stérilité ou il existait un risque de décès de celui-ci.
b) Le mari ou le compagnon stable de la femme avait également donné son consentement par acte notarié à l'insémination artificielle post mortem. L'insémination artificielle est réalisée à l'expiration d'un délai de six mois et avant l'écoulement d'un délai de deux ans à partir du décès de l'homme. » ; « Article 1465 « *Présomption de naissance dans le mariage. L'enfant né durant le mariage de sa mère ou dans les trois cents jours qui suivent sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour père le mari de la mère (enfant né dans le mariage). Est également considéré comme enfant né dans le mariage l'enfant né après insémination artificielle post mortem, si l'autorisation judiciaire requise selon l'*article *1457 a été accordée.* ».

1282 V. dans un autre contexte. Cass. civ. 1re, 3 janvier 1980, *Dame Bendeddouche c/Dame Boumaza*, *G.A.* , 5ème éd., § 61, pp. 556-564 **;** *Rev. crit. DIP* 1980, p. 331, note BATIFFOL Henri ; *Clunet* 1980, p. 327, note SIMON-DEPITRE, *D.* 1980, p. 549, note POISSON-DROCOURT.

1283 L'art. 311-20 al. 3 prévoit que : « *Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée*…. ». L'article L. 2141-2 al. 3 du Code de la Santé publique prévoit que : « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation* ».

1284 Il convient de faire dans ce contexte une précision par rapport au droit d'un enfant conçu d'un processus *post-mortem* de succéder. En principe, en France et dans bon nombre d'ordres juridiques les effets successoraux sont soumis à la loi successorale (: MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*,

La même règle de conflit qui peut dans la configuration de la situation décrite conduire à un résultat de reconnaissance du lien de filiation, peut dans bien d'autres circonstances conduire au résultat inverse. Il sera ainsi dans le cas où la mère a la nationalité française ou celle d'un autre pays n'autorisant pas le recours à une telle technique et la création d'un lien de filiation. L'issue sera identique même dans l'hypothèse où les personnes intéressées auraient leur résidence habituelle ou leur domicile dans le pays autorisant cette procédure. Pour mieux comprendre les enjeux découlant de cette situation venons à examiner l'affaire récente menée à la connaissance du Conseil d'État.

Le Conseil d'État français a dû récemment se prononcer sur la demande d'une femme de nationalité espagnole visant à l'exportation du matériel génétique de son époux décédé en Espagne[1285]. Il est important de nous pencher sur les faits de cette affaire fort intéressante parce qu'elle révèle de manière caractéristique la difficulté des questions qui se posent.

Mariana Gonzalez-Gomez, jeune femme espagnole était mariée avec un homme de nationalité italienne, Nicolla Turri. Le couple s'est rencontré à Londres mais en 2013 ils ont déménagé à Paris. Le mari après une diagnose de cancer décide de faire conserver son matériel génétique pour le préserver de la chimiothérapie qu'il allait subir. Le matériel génétique fut conservé dans un CECOS en France dans l'espoir qu'il serait utilisé une fois que le mari serait guéri. Hélas, le jeune homme décède confronté à une leucémie. Le décès n'est survenu que trois semaines après le mariage du couple et malheureusement avant qu'un processus d'insémination artificielle commence. La question donc se posait de la possibilité d'utilisation du matériel génétique en Espagne où le processus de procréation médicalement assistée est permis. Le mari avait exprimé le souhait que son épouse puisse utiliser son sperme dans le cas où la cure de sa maladie ne serait pas possible.

Après le décès du mari, son épouse tente d'obtenir le transfert du matériel génétique en Espagne pour procéder à l'insémination mais elle s'est heurtée au refus de l'Agence de la biomédecine et du Tribunal administratif de Paris. Elle tente alors dans le

---

11ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2014, p. 458, nº 648, note 24). Toutefois, le droit d'un enfant né dans un tel contexte semble plus lié à la question de la filiation elle-même. Il existe deux raisons qui incitent à soutenir cette idée. La première est liée au fait que les personnes qui envisagent d'avoir recours à un tel processus envisagent aussi les effets du lien qui pourrait être créé sur le plan des droits successoraux. La deuxième raison tient en ce que la différence par rapport aux effets qu'un tel lien de filiation pourrait avoir s'explique par le mode de la conception qui se situe après le décès de l'un des géniteurs. Enfin, en lien avec cette dernière observation il convient de rappeler ce qui a été expliqué dans le chapitre de droit comparé que certains pays ne reconnaissent pas des droits successoraux à ces enfants.

[1285] CE, 31 mai 2016, Mme C. A., nº 396848.

cadre du référé-liberté[1286] de contester ce refus. À l'appui de sa demande elle invoque l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le Conseil d'État lui donne gain de cause.

La décision du Conseil d'État est intéressante. La situation soulève bon nombre de problèmes, dont une partie ne surgit que de manière incidente. Parmi d'autres, il faut viser celui du champ d'application des conditions d'accès à la procréation médicalement assistée. Il s'agit plus précisément de savoir si les dispositions relatives à l'accès à la procréation médicalement assistée, telles conçues dans l'ordre juridique français, ont une application extraterritoriale. Un auteur a soutenu que le jeu de ces règles devrait être conditionné à l'application des règles de conflit de lois[1287]. En outre, l'arrêt du Conseil d'État oblige à réfléchir quant aux liens de ces dispositions avec celles du droit privé réglementant le problème de la filiation.

Quant à la première interrogation la décision du Conseil d'État confirme que ces dispositions sont d'application territoriale. Soutenir une position différente selon laquelle les juges seraient reposés sur la règle de conflit de l'article 311-14 du Code civil serait très risqué. Les juges n'ont procédé à aucun raisonnement en termes de règles de conflit et n'ont envisagé à aucun moment le problème du lien de filiation découlant d'une procréation effectuée *post-mortem*. En outre, il ne semble pas du tout probable que les juges administratifs aboutiraient à la même solution en présence d'un couple formé par une femme espagnole ou grecque marié avec un homme français ou en présence d'un couple composé d'une femme espagnole mariée avec un homme de nationalité italienne mais dont la résidence habituelle resterait en France. Dans les exemples envisagés où l'enjeu pour l'ordre juridique français serait plus considérable il semble difficile de postuler que la nationalité de la femme étant d'un pays permissif suffirait seule pour arriver à la même solution. Pour toutes ces raisons il faut conclure qu'il ressort de cette décision que les dispositions en cause doivent être considérées d'application territoriale[1288]. Cette prise de position ne résout bien sûr pas tous les problèmes qui peuvent surgir dans le contexte d'une procréation médicalement assistée. Bien que la décision au fond mérite d'être approuvée, nous pensons que c'est dommage que les juges n'aient pas du tout envisagé les aspects de droit privé soulevés par l'affaire.

Les deux problèmes principaux de l'affaire sont la question du lien de filiation qui en résulte et celle de la succession du mari. Des problèmes sérieux pourraient se poser

[1286] La procédure du référé-liberté est prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative.
[1287] SINDRES David, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *J.D.I.* 2015, pp. 429-504.
[1288] V. chapitre 3, p. 206.

dans le cas où le mari aurait déjà eu un enfant avec une femme française ou encore si le mari avait d'autres membres de famille comme parents ou frères et sœurs qui viendraient à concurrencer la demande éventuelle à la succession de l'enfant. Afin de comprendre la portée du problème il convient de donner certains éléments sur la procréation médicalement *post mortem* effectuée en Espagne. Ainsi, la loi 14/2006 du 27 mai 2006 portant sur les techniques de procréation médicalement assistée[1289] autorise le recours à une technique effectuée *post mortem*. Cette technique est permise à condition que l'époux a donné son consentement dans un acte public, un testament ou dans ses directives anticipées à ce que son matériel reproductif soit utilisé dans les 12 mois qui suivent pour la fécondation de son épouse (art. 9.2 de la loi espagnole). L'enfant qui sera né sera considéré comme l'enfant du mari et pourra réclamer des droits successoraux (art. 9.2 de la loi espagnole). L'exposé des dispositions espagnoles démontre que l'autorisation du transfert du matériel génétique peut avoir des conséquences sur le plan de la réglementation du lien de filiation et de la succession.

Les problèmes peuvent rejaillir si on suppose que le couple avait obtenu du patrimoine immobilier sur le sol français et des membres proches de la famille du mari italien tenteraient de se prévaloir de leurs droits sur la succession du mari qui était mort avant la naissance de l'enfant.

2. Au sein de l'ordre juridique grec

Des problèmes liés à une procréation médicalement assistée effectuée *post mortem* pourraient surgir par exemple dans le cas d'un couple de Belges ayant sa résidence habituelle en Belgique mais qui aurait suivi le processus en Grèce conformément aux conditions du droit grec. Le droit grec reconnaît dans ces circonstances un lien de filiation en faveur de l'épouse ou de la compagne. Toutefois, si la question était soulevée à l'occasion d'un contentieux portant sur la succession, la consultation de la règle de conflit en matière de filiation[1290] conduirait en raison de la double nationalité belge à l'application du droit belge qui ne reconnaît pas un lien de filiation et surtout des droits successoraux aux enfants. Certes, il faut observer que si on considère que le droit à la succession relève de la loi successorale, la loi belge serait encore applicable en tant que

[1289] La loi est disponible en espagnol dans le site suivant : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292> dernière visite le 12.10.2016. Je tiens à remercier en particulier Maria ASUNCION CEBRAT SALVAT, doctorante contractuelle à l'Université de Murcia, pour m'avoir communiqué et traduit la loi espagnole portant sur la procréation médicalement assistée.
[1290] Article 17 en combinaison avec l'article 14 du Code civil.

celle de la résidence habituelle du défunt. Ces situations nous intéressent en raison de la connexion entre le lien de la filiation et la succession.

Il convient, néanmoins, de voir dans quelle mesure la règle de conflit peut paraître dépassée dans certaines circonstances.

§ 2. Dépassement de la règle de conflit en matière des droits successoraux

La réglementation des successions depuis l'entrée en vigueur du règlement 650/2012 affecte également de manière indirecte le problème du lien de filiation, question qui surgira dans bon nombre des cas comme question préalable. La concentration du contentieux lié à une succession au pays de la résidence habituelle du défunt réduit les chances de confrontation des points de vue divergents portant sur la conception du lien de filiation. D'autres indices que les États membres de l'Union européenne se sont par l'acceptation de ce règlement mieux accommodés de leurs divergences dérivent de l'acceptation même limitée d'un choix de loi à la succession et des formes de résolution amiable des successions. Nous verrons dans un premier temps la manifestation la plus caractéristique de cette facilitation de la circulation de la réglementation des questions liées à la succession (A) pour suggérer dans un deuxième temps qu'il serait positif de ménager une place à un procédé de reconnaissance (B).

A. LA QUESTION PRÉALABLE DANS LE CADRE DE L'APPLICATION DU RÈGLEMENT 650/2012

L'effet de libéralisation pourra se constater aussi bien au sein de l'ordre juridique français (1) qu'au sein de l'ordre juridique grec (2) notamment en raison de l'adoption du règlement 650/2012[1291].

[1291] V. sur le règlement 650/2012 notamment : BONOMI Andrea, WAUTELET Patrick (avec la collaboration d'Ilaria PRETELLI et Azadi ÖZTÜRK), *Le droit européen des successions, Commentaire du* règlement *n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, BRUYLANT, Bruxelles, 2013 ; LAGARDE Paul, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, pp. 691-732 ; REVILLARD Mariel, « Successions internationales : le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions », *Defrénois* 2012, pp. 743-753 ; PERREAU SAUSSINE Louis, « Le nouveau règlement européen « successions internationales » : un équilibre délicat entre juridique et judiciaire », *Europe* juin 2013, pp. 6-10 ; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, « Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession », *RabelsZ* 74/2010, pp. 522-721.

1. Au sein de l'ordre juridique français

Une des différences dans la résolution de l'affaire liée à une insémination *post mortem* selon le règlement consiste à la création du certificat successoral européen. Les dispositions relatives au certificat successoral européen peuvent faire écran de la provenance de l'enfant d'une technique d'insémination artificielle. Malgré l'exclusion du champ d'application du règlement des relations de famille (article 2 § 2 a) du règlement), le texte peut influencer – au moins indirectement – la reconnaissance des liens familiaux. Ainsi, un enfant conçu *post mortem* pourra par le biais de son représentant demander le certificat successoral européen en vertu de l'article 65 du règlement[1292]. Si l'autorité grecque était saisie, elle devrait résoudre une question préalable, à savoir celle relative au lien de filiation. Le fait que le règlement exclut de son champ d'application une série de questions (article 1 § 2 du règlement) qui peuvent surgir en tant que questions préliminaires, incite à penser qu'il prend position en faveur de l'application des règles de conflit du for sur les questions préalables[1293]. Cependant, il a été soutenu que le règlement laisse la liberté de choisir la méthode d'appréciation des questions préalables, soit en favorisant les règles de conflit du for soit en appliquant les règles de conflit de la *lex causae*, soit en raisonnant selon une approche fonctionnelle qui permettra de faire prévaloir l'une d'entre les deux[1294].

L'autorité grecque compétente selon l'article 4 en tant que celle de la résidence habituelle du défunt au jour de son décès appliquerait pour se prononcer sur le lien de filiation selon l'opinion dominante le droit désigné par les règles de conflit grecques.

[1292] Sur le certificat successoral européen v. aussi REYNIS Bernard, « Le certificat successoral européen, un acte authentique européen », *Defrénois* 2012, pp. 767-771.

[1293] V. en ce sens v. PERREAU SAUSSINE Louis, « Le nouveau règlement européen …*ibid*, pp. 6-10 ; GODECHOT-PATRIS Sara, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes », *D.* 2012, pp. 2462-2469 ; GODECHOT-PATRIS Sara, «Le champ d'application de la proposition de règlement du 14 octobre 2009 », in BOSSE-PLATIÈRE Hubert, DAMAS Nicolas, DEREU Yves (sous la dir. de), *L'avenir européen des successions internationales*, Actes du colloque du 18 mars 2011-NANCY organisé par l'Institut François Gény et l'Institut d'études notariales, Université de Nancy 2, Lexis-Nexis, Paris, 2011, pp. 17-32, spéc. p. 28 ; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, « Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession », *RabelsZ* 74/2010, pp. 522-721, spéc. p. 527, n° 8. ; En faveur de cette solution v. GOESSL L Susanne, « Preliminary Questions in EU Private International Law », *Journal of Private International Law* 2012, pp. 63-76.

[1294] En ce sens v. BONOMI Andrea, WAUTELET Patrick (avec la collaboration d'Ilaria PRETELLI et Azadi ÖZTÜRK), *Le droit européen des successions, Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, BRUYLANT, Bruxelles, 2013, pp. 76-79, nos 12- 18 ; la solution fonctionnelle des questions préalables a été préconisée, entre autres, par M. LAGARDE Paul, « Observations sur l'articulation des questions du statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé », in *Mélanges von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 511-528, spéc. pp. 521-523, n° 12.

Selon ce raisonnement elle serait amenée en vertu de l'article 17 combiné avec l'article 14 du Code civil grec à la loi grecque, qui est celle de la dernière résidence habituelle commune du couple. Ainsi, l'enfant serait considéré comme l'enfant de l'homme français. Le dernier pourrait, dès lors, se prévaloir de sa qualité d'héritier sans qu'il soit besoin de suivre une autre procédure.

Paradoxalement, le certificat européen garantit de manière plus efficace la reconnaissance de la qualité d'héritier qu'une décision de justice ou un acte public national en raison de l'omission d'une procédure officielle de sa reconnaissance dans le pays où on veut l'invoquer. Certes, la version retenue de l'article 69 du règlement ne parle pas de reconnaissance « *de plein droit* » du certificat successoral européen. Mais bien qu'il ne soit pas possible de soutenir qu'il sera impossible de contrôler le statut personnel et plus généralement de la situation énoncée dans l'acte authentique selon les règles de conflit du for ou selon l'ordre public international[1295], il n'en reste moins que l'adoption du certificat successoral européen limite les moyens de contrôle par les autorités étatiques ou les autorités chargées de la succession[1296].

La formulation choisie par l'article 69 et le considérant 71 du règlement[1297] démontrent que la valeur probatoire du certificat successoral ne s'étend pas aux questions préalables nécessaires pour la délivrance du certificat successoral européen[1298]. Il est exact que certains éléments du certificat successoral européen ne bénéficient pas de la présomption créée par l'article 69 par. 2 du règlement. Toutefois, un certificat, dont la délivrance a nécessité de se prononcer sur l'existence d'un lien de filiation créé suite à une insémination *post mortem* ou une gestation pour autrui, produira – au moins dans certains

---

[1295] BUSCHBAUM Markus, « Reconnaissance de situations juridiques fondée sur les actes authentiques ? État des lieux et perspectives après l'entrée en vigueur du règlement européen sur les successions internationales », in FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine (sous la dir. de), *Vers un statut européen de la famille*, DALLOZ, Paris, 2014, pp. 255-266, spéc. pp. 262-263.

[1296] Cela a pu être soutenu dans la version antérieure du règlement (Proposition de règlement du 14 octobre 2009 2009/0157 (COD); V. JOUBERT Natalie, BOSSE-PLATIÈRE Hubert, « Le certificat successoral européen : des éclaircies attendues », in BOSSE-PLATIÈRE Hubert, DAMAS Nicolas, DEREU Yves (sous la dir. de), *L'avenir européen des successions internationales*, Actes du colloque du 18 mars 2011-NANCY organisé par l'Institut François Gény et l'Institut d'études notariales, Université de Nancy 2, Lexis-Nexis, Paris, 2011, pp. 63-84, spéc. pp. 79-81.

[1297] Considérant 71 du règlement : « *Le certificat devrait produire les mêmes effets dans tous les États membres. Il ne devrait pas être, en tant que tel, un titre exécutoire mais devrait avoir une force probante et il devrait être présumé attester fidèlement de l'existence d'éléments qui ont été établis en vertu de la loi applicable à la succession ou en vertu de toute autre loi applicable à des éléments spécifiques, tels que la validité au fond des dispositions à cause de mort. La force probante du certificat ne devrait pas s'étendre aux éléments qui ne sont pas régis par le présent règlement comme la question de l'affiliation ou la question de l'appartenance d'un actif donné au défunt…* »

[1298] BONOMI Andrea, WAUTELET Patrick (avec la collaboration d'Ilaria PRETELLI et Azadi ÖZTÜRK), *Le droit européen des successions, Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, BRUYLANT, Bruxelles, 2013, pp. 786-789 ; GODECHOT-PATRIS Sara, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes », *D.* 2012, pp. 2462-2469, spéc. p. 2469.

cas – des effets dans des États membres ne reconnaissant pas les liens de filiation en cause.

Du moment où par exemple une banque détenant des fonds du défunt peut faire foi au certificat successoral européen qui lui est présenté et elle ne peut pas réclamer d'autre document avant de payer à la personne indiquée comme bénéficiaire dans celui-ci, il semble que ce certificat est à même de produire des effets dans l'ordre juridique où il sera présenté. Le fait que sa présentation est suffisante pour protéger « *toute personne qui, agissant sur la base des informations certifiées* …, *effectue des paiements* » (art. 69 par. 3 du règlement) confirme la conclusion qu'un tel certificat facilite à ce que le point de vue sur les questions préalables du droit de la famille de l'ordre juridique émettrice prévale. Il est dès lors raisonnable de penser que l'établissement du certificat successoral européen promeut une reconnaissance ou plutôt une acceptation indirecte dans les ordres juridiques d'accueil des liens de filiations qui pourraient autrement ne pas être reconnus. Cette assertion pourrait être démentie dans le cas où les États membres prévoient des contrôles additionnels lors de l'invocation du certificat successoral européen devant une autorité publique ou privée.

Pour le reste, une des voies disponibles pour la contestation de sa force probante est celle du recours devant la juridiction de l'État émetteur (article 72 du règlement). Cependant, le plus probable est que la juridiction de l'État émetteur n'acceptera pas les objections qui reposent sur le lien de filiation étant donné que l'ordre juridique dans lequel il appartient le considère comme acceptable. Par contre, à défaut de certificat successoral européen et en présence d'une décision portant sur la qualité d'héritier qui est déclarée exécutoire selon le règlement il sera toujours possible de former recours contre elle selon l'article 50 du règlement. Dans ce contexte la juridiction compétente peut être amenée à contrôler la conformité de la décision étrangère à l'ordre public du pays de réception (article 52 combiné avec l'article 40 a) du règlement).

2. Au sein de l'ordre juridique grec

L'impact du certificat successoral européen pourra être ressenti également au sein de l'ordre juridique grec. La facilitation indirecte de la reconnaissance des liens de filiation sera présente lorsque le *de cujus* a eu sa résidence habituelle au moment du décès dans le même pays que celui où un lien de filiation a pu être créé. Il en sera ainsi dans le cas d'un couple de femmes ayant recours à une insémination artificielle en Espagne et ayant

bénéficié de la création d'un double lien de filiation monosexué. Nous avons vu que des tels liens de filiation ont fait déjà leur apparition[1299]. L'enfant de ces deux femmes en Espagne pourrait un jour tenter de se prévaloir des droits successoraux de sa deuxième mère. Si l'on suppose que la femme grecque est celle qui n'aurait pas accouché de l'enfant il lui serait difficile de se prévaloir de son lien de filiation. L'existence du certificat successoral européen conjugué à une situation où les deux femmes maintiendraient leur résidence habituelle en Espagne garantirait à l'enfant qu'il pourrait se prévaloir de sa qualité d'héritier sans qu'un membre de la famille puisse s'opposer à la réalité de sa filiation.

Cette faveur indirecte pour la reconnaissance des liens de filiation constitue un argument supplémentaire en faveur de l'extension d'un procédé qui s'inspire de la méthode de la reconnaissance.

B. L'APPORT DE LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE

La doctrine du droit international privé s'est consacrée dans une grande mesure les dernières années à l'impact de la méthode de la reconnaissance. L'étude menée dans ce contexte a montré que cette méthode, même si on suppose qu'elle soit acceptée, n'affecterait pas radicalement la circulation des liens de filiation créés à la suite d'une procréation médicalement assistée. La raison principale pour cela tient à la persistance du mécanisme de l'ordre public international selon toute variante de la méthode de la reconnaissance qui a pu être proposée. Nous allons démontrer ci-après comment la solution peut être mise en œuvre dans le contexte de la réglementation des effets de la filiation et avoir un apport positif dans la réglementation des rapports privés internationaux.

1. Faveur pour la reconnaissance des liens de filiation

Selon la vision préconisée du procédé de reconnaissance la transcription d'un acte de naissance pourrait créer une présomption d'existence de l'état mentionné. Cette présomption ne paralyserait pas le questionnement par rapport à l'existence du statut

[1299] V. chapitre 2, pp. 135-137.

mentionné dans l'acte d'état civil. Une personne pourra bien contester un lien de filiation. Cette contestation devrait être appréciée selon le droit du for. Toutefois, notre proposition accompagne cette application du droit du for par une règle matérielle internationale stipulant que la contestation ne peut pas aboutir dans le cas où ce lien de filiation est existant selon la législation d'un pays ayant cristallisé son existence dans un acte d'état civil et si le lien de filiation réclamé correspond en même temps à un rapport familial existant *de facto* assumé volontairement par les personnes mentionnées comme parent dans l'acte public.

Encore, selon cette règle en présence d'une action visant l'établissement d'un lien de filiation le droit qui devra être appliqué sera celui du for. Les inconvénients de cette règle pourront être résolus par le biais de règles de conflit de juridictions qui donneront compétence aux tribunaux de la résidence habituelle de l'enfant.

Cette règle de faveur pour l'établissement du lien de filiation peut trouver application dans des cas de filiations tissés à la suite d'une procréation médicalement assisté sans pour autant permettre dans toutes les situations d'accepter le lien de filiation tissé dans un ordre juridique donné.

Ainsi, en France la règle devrait amener, si un juge français devait se prononcer sur le droit d'un enfant né d'une gestation pour autrui à la succession de sa mère d'intention, à considérer que le lien avec celle-ci mentionné dans un acte de naissance californien ou grec doit être reconnu sans qu'il soit nécessaire de consulter la règle de conflit en matière de filiation. La reconnaissance serait permise uniquement si le lien indiqué dans l'acte d'état civil correspondait à une vie familiale certaine.

En Grèce, dans l'exemple mentionné ci-dessus concernant l'enfant conçu et né conformément au projet parental d'un couple de femmes aurait la possibilité de bénéficier de ses droits à la succession même dans le cas où la dernière résidence habituelle de la seconde femme parent selon l'acte de naissance serait en Grèce. L'effectivité du lien familiale combiné avec l'acte public d'un État européen devrait dispenser d'une interrogation sur la base de la règle de conflit. Certes la mise en œuvre de ce procédé laisserait ouverte la possibilité d'invocation de l'ordre public international comme dans le cas de la gestation pour autrui qui vient d'être mentionné. Nous croyons, néanmoins, que l'argument de l'ordre public aurait peu de chances d'aboutir dans un contentieux opposant des parties privées. Et c'est à ce niveau que la proposition faite pourrait avoir certains bienfaits pour la réglementation des effets des liens de filiation. Il importe pour finir, toutefois, d'examiner des limites de cette méthode.

2. Les limites d'une solution inspirée de la méthode de la reconnaissance

Évidemment le procédé préconisé reposant sur la méthode de la reconnaissance n'est pas à même de résoudre tous les problèmes susceptibles de se poser lorsqu'une question relative à la filiation se présente, qu'il soit dans le contexte de la réglementation d'une succession, d'une obligation alimentaire ou d'un autre effet liée à celle-ci. Nous pensons, néanmoins, qu'il s'agit d'une approche qui peut apporter des solutions satisfaisantes dans un bon nombre de cas. Il nous semble donc que cette solution serait à même de fournir de réponses à des problèmes qui se présentent comme insolubles comme celui de la concurrence entre une décision portant sur un statut personnel un acte d'état civil.

Il est suggéré par Monsieur LAGARDE qu'en présence d'une décision apportant une réponse à une question de statut personnel contradictoire à celle donnée par un acte d'état civil, prépondérance devra être donnée à la décision. Des conflits de ce type pourront être résolus, si la règle matérielle de droit international privé est acceptée à un niveau régional. Le juge dont la loi ne permet pas la reconnaissance du lien de filiation relaté dans l'acte de naissance, devra selon cette règle faire prévaloir le point de vue de la loi appliquée par l'autorité ayant dressé l'acte d'état civil. Ce scenario sera exclu lorsque, ni la loi du juge requis, ni celle de l'autorité ayant dressé l'acte d'état civil ne considèrent le lien de filiation comme existant. Ainsi, cette règle matérielle pourrait réduire la survenance des cas de conflit entre actes et décisions.

Cette solution ne conduit toutefois pas à la reconnaissance de manière inconditionnelle de tous les liens de filiation éventuels comme il ressort de l'exemple suivant.

Si la condition de la réalité de l'existence du lien de filiation est interprétée de manière stricte, le lien de filiation d'un enfant né à la suite d'une insémination *post mortem* effectuée à l'étranger pourrait ne pas être reconnu. Dans ce processus, du moment où le mari est mort avant même la conception de l'enfant, il n'est pas possible de penser qu'un quiconque lien affectif aurait pu être développé entre l'enfant et l'homme qui aurait consenti à l'utilisation de son matériel génétique *post-mortem*. Une exception à cette situation pourrait éventuellement être envisagée dans le cas d'un processus conforme au pays où il serait effectué et ayant nécessité une mobilisation des forces et un engagement personnel important.

D'ailleurs, il serait également impossible de faire reconnaître un lien de filiation constaté dans un acte de naissance dans le cas d'une conception assistée avec le matériel génétique d'un donneur connu. D'autres liens de filiation comme ceux réclamés par des parents d'intention dans une gestation pour autrui ou ceux tissés entre deux femmes auraient selon la proposition formulée ci-dessus plus de chances d'être reconnus et être la base d'invocation des droits successoraux.

On a vu qu'un problème particulier avancée par la doctrine à l'encontre de la méthode de la reconnaissance se rencontre lorsque des prétentions concurrentes surgissent. Un exemple utilisé par M. D'AVOUT dans le texte de sa communication devant le Comité français de droit international privé pourrait aussi être emprunté ici[1300]. Il envisage un lien de filiation établi au sein d'un couple composé par deux personnes de même sexe dans un pays A, une liquidation successorale qui a eu lieu à l'amiable devant le notaire d'un pays B et un bien successoral qui se situe dans un for C. L'enfant saisit les juridictions de ce dernier pays pour se prévaloir de ses droits successoraux et la question se posera de la relation entre l'acte de reconnaissance de paternité réalisé dans un pays A et le partage notarié réalisé dans un pays B. M. D'AVOUT utilise cet exemple pour souligner un des problèmes de la méthode de la reconnaissance qui n'a pas passé inaperçu en doctrine. Conformément aux développements qui précèdent le juge du pays C devra faire prévaloir le lien de filiation constaté dans l'acte d'état civil du pays A. L'objection formulée immédiatement contre cette solution serait : comment est-il possible de faire reconnaître un acte qui ne prouve pas que le lien de filiation soit bien valable ? Une telle solution pourrait nous amener à faire reconnaître un lien de filiation qui pourrait par la suite être anéanti dans le pays où l'acte de reconnaissance a eu lieu. La réponse à ce problème vient en déplaçant le curseur du problème. Les personnes participant au partage amiable auront le droit de contester le lien de filiation constaté dans l'acte de reconnaissance. Toutefois, cette contestation ne pourra pas aboutir si le lien de filiation est valable, soit selon la loi du pays où l'acte a eu lieu, soit selon la loi du for et en plus ce lien de filiation correspond à une situation familiale dont la réalité ne peut pas être contestée. La formulation de cette solution pose le problème d'une appréciation des faits relatifs à l'affaire portée à la connaissance du juge. Toutefois, dans la grande majorité des cas, la coïncidence d'une loi considérant le lien de filiation comme valable combinée avec une réalité qui ne peut pas échapper à la perception épargnera une

[1300] D'AVOUT Louis, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Trav. Com. fr. DIP*, 2014-2016, p. 18, note 65 (à paraître).

grande partie d'un contentieux focalisant sur l'existence du lien de filiation. Un problème pourrait toutefois se présenter dans le cas suivant.

Enfin, il existe un nombre d'hypothèses où la divergence entre les législations amènera à de situations inextricables dont la solution ne pourra pas laisser satisfaits. Il est inévitable qu'un nombre important de telles situations surgisse. Le fait que la législation relative à l'assistance médicale à la procréation et la réglementation des problèmes de filiation qui en découlent est une législation récente fait que bon nombre de problèmes ne reçoivent même pas une solution satisfaisante sur le plan national. En attestent les discussions récentes au Royaume-Uni envisageant la modification de leur réglementation en matière de gestation pour autrui ou la récente décision du *High Court*[1301] ouvrant la voie d'un *parental order* à un homme célibataire dépassant de la sorte la lettre de la Loi sur la Fertilisation et l'Embryologie Humaine de 2008. Il n'existe dès lors pas de solution idéale. Il existe pourtant des adaptations que l'on peut apporter à la manière dont les relations privées internationales fonctionnent qui peuvent améliorer dans une mesure certaine la réglementation existante.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La réglementation européenne de droit international privé des obligations alimentaires et des successions rend la reconnaissance de ces effets des filiations plus aisée même lorsque ces droits reposent sur un lien de filiation inédit. Des cas persisteront néanmoins où l'originalité des liens de la filiation tissés et la différence des conceptions s'érigeront en obstacle à la reconnaissance et à la circulation de leurs effets.

Ces divergences, aussi importantes qu'elles soient, ne doivent pas constituer dans tous les cas des obstacles insurmontables à la circulation de ces nouvelles situations. La création des situations familiales de fait grâce à une assistance médicale à la procréation constitue –indépendamment de la reconnaissance juridique des liens de filiation nés au sein d'un ordre juridique donné– un élément auquel le droit des pays membres du Conseil de l'Europe attribue une certaine valeur juridique. L'article 8 de la Convention européenne tel qu'il est interprété par la Cour européenne fait, que ces situations jouissent d'une protection juridique certaine. Les États maintiennent la marge nécessaire pour déterminer les modalités de cette protection. Celle-ci sera en partie assurée par des

[1301] *In the matter of Z* (A Child) (No 2), [2016] EWHC 1191 (Fam).

mécanismes puisés aussi bien dans le droit international privé que dans le droit substantiel. De tels moyens fonctionnent parfois de manière indirecte. La possibilité de faire abstraction de la question du statut personnel qui serait normalement nécessaire pour la résolution principale n'est pas une démarche inédite. Dans l'ordre juridique français cela a pu être accepté par l'action à fins de subsides. Une approche inspirée de la méthode de la reconnaissance peut aussi dans ce contexte, qui permet de faire face à certaines objections, pensées comme dirimantes, simplifier la réglementation des effets des liens de filiation et épargner d'une partie du contentieux qui n'est pas lié avec les conceptions d'ordre public des pays de réception.

CONCLUSION GÉNÉRALE

En guise de conclusion générale, voici les propositions faites dans cette étude.

Il convient au préalable de souligner qu'au-delà des règles que nous avons pu proposer et de l'orientation que ces règles doivent adopter, la présente recherche constitue un rappel de l'importance de l'étude des droits étrangers. Cette étude s'avère indispensable dans un monde dont la complexité s'accroît, afin de mieux comprendre les problèmes de droit qui se présentent et d'arriver à la meilleure réglementation possible des problèmes de droit international privé. La complexité des processus d'assistance médicale à la procréation démontre que les nuances des réglementations nationales peuvent être cruciales pour la mise en œuvre de méthodes de droit international privé, tel que l'ordre public international.

Ensuite, l'examen des règles relatives aux conditions d'accès aux nouvelles techniques d'assistance à la procréation révèle leur influence sur la création et la circulation des liens de filiation. L'autorisation par les législateurs de ces processus d'assistance à la procréation soulève de délicats problèmes délicats –tel que celui de la gestation pour autrui–, et ils devraient déterminer avec circonspection l'accès à ces processsus par des personnes ayant un lien étroit avec étroit avec un autre ordre juridique. Plus précisément, lorsqu'une réglementation dans ce domaine n'est pas munie d'un système de règles réduisant les risques découlant notamment du caractère international du projet parental, il est prudent de limiter l'accès aux personnes ayant leur résidence habituelle sur le territoire où le centre d'assistance à la procréation est situé. Le lien requis pour l'accès à un processus, lorsqu'un couple formule un projet parental, doit être la résidence habituelle de l'un de deux membres du couple.

Sur le plan de méthodes de droit international privé l'analyse a démontré que, malgré le bouleversement effectué par l'assistance médicale à la procréation en matière de filiation, la pertinence des règles de conflit en vigueur n'a pas été mise en question. Dans les rares cas d'application des règles de conflit en matière de filiation, aucune réflexion relative à leur aptitude à promouvoir les objectifs propres au droit international n'a été engagée. Cette réalité, révélatrice d'une mise en œuvre formelle de la règle de conflit de lois, combinée avec la prépondérance du la loi du for en matière de filiation et avec le

caractère flexible des règles de conflit dans ce domaine, ont conduit à proposer l'application de la loi du for en matière de filiation.

Cette règle, applicable aussi bien en matière d'établissement que de contestation de la filiation, devra, d'une part, être accompagnée d'une règle attribuant la compétence en matière de filiation aux tribunaux de la résidence habituelle de l'enfant. Elle devra, d'autre part, aller de pair avec un régime libéral de reconnaissance des liens de filiation relatés dans un acte dressé par une autorité publique à condition que ces liens correspondent à une vie familiale effective. Un tel système de solutions pourrait avoir une valeur ajoutée, s'il était adopté au niveau de l'Union européenne.

En dépit de l'orientation libérale des solutions préconisées dans cette étude, l'examen de la faisabilité et de l'efficacité d'une politique restrictive en matière d'assistance médicale à la procréation était aussi nécessaire. Cette réflexion nous a amené à suggérer qu'une politique prohibitive, par exemple en matière de gestation pour autrui, doit remplir certains critères pour avoir de chances de poursuivre de manière efficace son objectif, notamment la protection de l'autorité de la loi du for. Ainsi, une telle politique peut être menée au moyen de l'adoption de lois de police. Il faut néanmoins que le champ d'application et l'énoncé de ces règles prohibitives soient déterminés de manière claire. Il faut aussi que le respect de ces règles soit assuré par une autorité et prévoir un système de contrôle efficace. En matière d'assistance médicale à la procréation, la mise en œuvre d'un tel système de contrôle semble douteuse car il implique une intervention intense de l'État dans la sphère des libertés. Indépendamment toutefois des restrictions de ce type, le législateur national conserve une marge importante pour édicter les règles qui lui semblent appropriées aussi bien en matière d'accès à une assistance médicale à la procréation qu'en matière de filiation.

Il n'en reste pas moins que la position défendue dans cette étude est celle en faveur de l'autorisation et de l'encadrement de la gestation pour autrui, et des liens de filiation qui en résultent. Il en va de même pour les techniques de procréation médicalement assistée. Nous pensons que la légalisation et l'encadrement constituent les meilleurs moyens pour faire face aux problèmes et aux risques inhérents aux processus d'assistance examinés. Les dangers sont accrus chaque fois que l'accès à un processus d'assistance médicale à la procréation implique un déplacement transfrontalier des intéressés. C'est la raison pour laquelle une place particulière doit être réservée aux règles matérielles de droit international privé aussi bien au niveau national qu'au niveau international.

En dépit des clivages qui séparent les ordres juridiques dans ce domaine il existe aussi des points de convergence. Ces points de convergence rendent envisageable une uniformisation des règles à caractère technique. Ces règles peuvent, à titre indicatif, porter sur une consultation préalable des participants à une technique d'assistance à la procréation qui portera sur les risques découlant du recours à cette technique. Ces règles peuvent aussi porter sur les modalités d'expression et de révocation du consentement. En matière de gestation pour autrui, nous avons proposé l'adoption d'une obligation de souscription d'un contrat d'assurance par les parents d'intention, la réglementation de la filiation de l'enfant né avant sa naissance et la mise en place d'un mécanisme au niveau européen permettant de protéger de manière efficace la mère porteuse. Le complément nécessaire d'un tel système de règles serait la création d'une Autorité indépendante au niveau de l'Union européenne afin d'assurer la transmission des informations relatives à l'assistance médicale à la procréation et la meilleure surveillance de cette pratique.

Les règles qui viennent d'être présentées doivent être combinées avec des mesures prises au stade de la circulation des liens de filiation. Ainsi, la désignation de la loi du for en matière de filiation doit être combinée avec un régime libéral de reconnaissance des liens de filiation constatés. La circulation de ces liens de filiation qui est facilitée indirectement par l'adoption des règlements européens en matière d'effets de filiation, le sera encore plus par le règlement en matière de circulation de documents publics. Le recul du questionnement portant sur le droit applicable en matière de filiation combiné avec l'impératif de protection de la vie familiale, telle qu'assurée notamment par le système de la Convention européenne des droits de l'Homme, nous ont conduit à préconiser l'adoption d'une règle matérielle conçue spécialement pour la sphère internationale.

Cette règle devra combiner le mécanisme de la possession d'état avec la méthode de la reconnaissance. Ainsi, la constatation d'un recours conjoint de deux personnes à une assistance médicale à la procréation, la constitution d'un acte de naissance mentionnant ces deux personnes en tant que parents et la création d'une vie familiale effective, seront les conditions nécessaires pour la mise en œuvre de cette règle. Si ces conditions sont réunies, le lien de filiation relaté dans l'acte d'état civil devra être présumé existant. La contestation du lien de filiation restera possible mais dans des conditions strictes. Il faudra pour qu'une telle contestation prospère, soit prouver que la loi applicable par l'autorité publique étrangère ayant dressée l'acte de naissance et celle du

juge requis ne considèrent pas le lien de filiation comme existant, soit que ce lien de filiation est contraire à l'ordre public international.

La prise de conscience du fait que l'exception d'ordre public est la raison principale du refus de reconnaissance des liens de filiation issus d'une assistance médicale nous oblige à revoir ses conditions d'intervention. En ce sens, un renforcement de la motivation invoquée à l'appui du mécanisme de l'ordre public international est souhaitable. Le renforcement de la motivation rejoindrait d'ailleurs la discussion menée relativement aux modes de raisonnement de la Cour de cassation. Nous pensons que le juge dans la recherche d'une justification solide à l'appui du recours au mécanisme de l'ordre public international doit adopter une vision d'ensemble du droit et de la pratique juridique telle qu'elle exprimée par les tribunaux, le législateur et les autorités. Pour répondre à la question de savoir si une contrariété à l'ordre public international peut être constatée, il devra chercher la réponse qui concilie le mieux, et avec le moins d'incohérences, l'ensemble de la pratique juridique. La théorie du droit-intégrité de Ronald DWORKIN offre des éléments d'analyse importants dans cette démarche de renforcement des motivations appuyant le recours à l'exception d'ordre public.

Enfin, il ne faut pas négliger la contribution de l'institution de l'état civil à la meilleure circulation des liens de filiation. Notre examen a démontré le manque de clarté dans les conditions de circulation des actes de naissance. Ceci rend nécessaire une réforme, au moins, au niveau national, afin de répondre aux problèmes soulevés par des liens de filiation inédits tel qu'un lien de filiation monosexué. Une telle réforme est nécessaire indépendamment du point de vue adopté sur le plan du droit substantiel, qu'il soit libéral ou restrictif. Celle-ci rejoindra d'ailleurs l'effort déjà fait au niveau de l'Union européenne par l'adoption du règlement visant à la circulation des documents relatifs à l'état civil.

Bibliographie

1. Bibliographie francophone

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, préf. Henri Batiffol, 5ème éd., Dalloz, 2006

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, *Droit international privé*, t. II, 7ème éd., L.G.D.J., Paris, 1983

BERGÉ Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie, Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe, 2ème éd., 2011

BUCHER Andreas (sous la dir. De), *Commentaire Romand*, *Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011

BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit International Privé, partie générale*, t. I, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014

BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit International Privé, partie spéciale*, t. II, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014

CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civ*ile, *t. I, Introduction, Personnes-Famille-Biens-Régimes matrimoniaux-successions*, 11ème éd. DALLOZ, Paris, 2000

CARBONNIER Jean, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, le couple*, PUF, Paris, 2004

CARLIER Jean-Yves, FALLON Marc, MARTIN-BOSLY Bernadette, *Code de droit international privé*, (textes au 1er juillet 2012), 5ème éd., BRUYLANT, Bruxelles, 2012

D.-CASTELLI Mireille, GOUBAU Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5ème éd., Les Presses de l'Université de Laval, Saint-Nicolas (Québec), 2005

CORNU Gérard, *Droit civil, La famille*, 9ème éd., Montchrestien, Paris, 2006

DUBOUIS Louis, BLUMANN Claude, *Droit matériel de l'Union européenne*, 3ème éd., Montchrestien, Paris, 2004

FAVOREU Louis et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2016

GOLDSTEIN Gérald, GROFFIER Ethel, *Droit international privé*, t. I, théorie générale, Les éditions Yvon Blais, Québec, 1998

GOLDSTEIN Gérald, GROFFIER Ethel, *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques*, 2ème éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2003

GOLDSTEIN Gérald, *Conflits de lois : dispositions générales et spécifiques (*Articles *3076 à 3133 C.c.Q.), volume I*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2011

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 2ème éd., DALLOZ, 2015

KNOEPFLER François, SCHWEIZER Philippe, OTHÉNIN-GIRARD Simon, *Droit international privé suisse*, 3ème éd., Staempfli Éd.SA, Berne, 2005

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, (de) VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, *Droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2007, pp. 331 et s.

MALAURIE Philippe, FULCHIRON Hugues, *Droit de la famille*, 5ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2016

NIBOYET Marie-Laure, DE GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, 5ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2015

PINEAU Jean, PRATTE Marie, *La famille*, Éditions Thémis, Montréal, 2006

RIGAUX François, FALLON Marc, *Droit international privé*, 3ème éd., LARCIER, Bruxelles, 2005

SUDRE Frédéric et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7ème éd., PUF, Paris, 2015

TERRÉ François, FENOUILLET Dominique, *La famille*, 8ème éd., DALLOZ, Paris, 2011

II. Thèses, monographies et ouvrages collectifs

BAUME Sandrine, « Kelsen, plaider la démocratie », Éditions Michalon, Paris, 2007

BIDAUD-GARON Chr., *L'état civil en droit international privé*, thèse de doctorat (préparée sous la dir. de FULCHIRON Hugues), Université Jean Moulin–Lyon 3, présentée et soutenue publiquement le 9 décembre 2005

BODEN Didier, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, vol. II, (dir. de thèse Horatia Muir Watt), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, thèse soutenue le 19 mars 2002

BONOMI Andrea, WAUTELET Patrick (avec la collaboration d'Ilaria PRETELLI et Azadi ÖZTÜRK), *Le droit européen des successions, Commentaire du* règlement *n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, BRUYLANT, Bruxelles, 2013

BONOMI Andrea, *Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, Bureau Permanent de la Conférence, 2013

BOURDELOIS Béatrice, Mariage polygamique et droit positif français, (Préf. Pierre BOUREL) GLN Éditions, Paris, 1993

BROEKHUIJSEN-MOLENAAR Anneleen, « L'article 8 de la Convention européenne et le don d'ovule à une mère de substitution aux Pays-Bas », in *L'enfant et les conventions internationales*, actes du colloque organisé par l'Association internationale de droit de la famille, ténu à Lyon les 6 et 7 octobre 1995, (sous la dir. de Jacqueline Rubellin-Devichi et Rainer Granek), Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 375-389.

BRUNET Laurence (sous la dir. de), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States,* European Union, Mai 2013

DEBY-GÉRARD France, *La règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, préf. Berthold GOLDMAN, DALLOZ, Paris, 1973

DERÈSE Marie-Noëlle, « L'accès à la gestation pour autrui », in Geneviève SCHAMPS, Jehanne SOSSON (sous la dir. de), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, BRUYLANT, Bruxelles, 2013, pp. 293-323

DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, traduit de l'américain par Elisabeth Soubrenie¸ PUF, 1994

FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013

FADLALLAH Ibrahim, *La famille légitime en droit international privé* (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage), préf. de Henri BATIFFOL, DALLOZ, Paris, 1977

FRAGU Estelle, *Des bonnes moeurs à l'autonomie personnelle, Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, thèse soutenue le 9 novembre 2015 (sous la dir. de LEQUETTE Yves), Paris 2 Panthéon-Assas, 2015

FRANCESCAKIS Phocion, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, SIREY, 1958

GUILLAUMÉ Johanna, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, préf. Clothilde Grare-Didier, L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2011

GUTMAN Daniel, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, préf. François Terré, L.G.D.J., Paris, 2000

HENRY Caroline, *Médecine créative et globalisation : nouveaux enjeux et nouvelles polémiques pour le droit international privé*, (dir. de thèse Horatia Muir Watt), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, soutenue le 28 novembre 2007

JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, *L'apparence en droit international privé, Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, préf. de Paul Lagarde, L.G.D.J., Paris, 1984

JOUBERT Natalie, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, préf. de Paul Lagarde, LexisNexis/Litec, Paris, 2007

KESSLER Guillaume, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, préf. de Paul Lagarde, L.G.D.J., Paris, 2004

MAMOPOULOS Pierre, (mise à jour par) TSITSEKLIS-SOURIADAKIS Mitsa, Code civil hellénique, Éditions ANT. N. SAKKOULAS, Athènes-Komotini, 2000, p. 4 et s

MARZAL YETANO Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, L.G.D.J.-lextenso éditions, Paris, 2014

MEILHAC-PERRI Marion, *L'autonomie de la volonté dans les filiations électives*, thèse soutenue le 2 décembre 2014 (sous la dir. de CORNELOUP Sabine), Université de Bourgogne 2014

PANET Amélie, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, (dir. de thèse Cyril Nourissat), Université Jean Moulin Lyon 3, thèse soutenue le 14 février 2014

PAMBOUKIS Charalambos, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, (préf. Lagarde Paul), L.G.D.J., 1993

PARIZER-KRIEF Karène, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation, France, Allemagne et Grande Bretagne,* préf. Marie-Angèle HERMITTE, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016

QUIDELLEUR Marguerite, GUARINOS Martial, *Guide pratique de l'état civil 2016*, 14ème éd., Berger-Levrault, 2016

RASS-MASSON Lukas, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, (dir. de thèse Yves LEQUETTE), Univ. Panthéon-Assas Paris II, soutenue le 3 décembre 2015

REMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanismes des lois de police en droit international privé*, préf. de Pierre Mayer, DALLOZ, Paris, 2008

SAARLOS Kees, European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage, PhD dissertation, Maastricht, 2010

SALAMÉ Georgette, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, (préf. Horatia MuirWatt), PUAM, 2006

SCHERER Maxi, *Le nom en droit international privé, étude de droit comparé français et allemand*, (préf. P. Lagarde), L.G.D.J., Paris, 2004

THÉRY Irène, LÉROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, 2014, pp. 185-192, consultable sur : <http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf> dernière visite le 12.10.2016

III. Articles, cours, commentaires et contributions

ANCEL Bertrand, « L'internationalisation de l'obligation alimentaire envers les enfants par le droit conventionnel de la reconnaissance des décisions », in Mélanges FRITZ STURM , vol. II, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, 1999, pp. 1337-1353

ANCEL (Bertrand), *Droit international privé comparé*, Paris, coll. Cours de Master 2 de l'Université Panthéon-Assas, 2007

ANCEL Bertrand, *L'institution exorbitante*, cours de droit international privé (2009-2010), Master 2 Recherche en Droit international privé et droit du commerce international de l'Université Panthéon-Assas Paris 2, polycop., 2010

ANCEL Bertrand, « L'épreuve de vérité, propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 1-9

ANCEL Bertrand, MUIR WATT, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions, Le règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP* 2005, pp. 569-605

ARMSTRONG Sarah, « L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye », in FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005

AUDIT Mathias, « Bioéthique et droit international privé », *RCADI* 2014, t. 373, pp. 231-447

BASEDOW Jürgen, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », Rev.crit. DIP 2010, 427-456

BATIFFOL Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, réédité en 2002 avec une présentation d'Yves Lequette

BATIFFOL Henri, « Les apports du droit comparé au droit international privé », in *Livre du Centenaire de la Société de législation comparée*, 1969, p. 131-142

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *Rev.crit. DIP* 1972, pp. 1-26

BERGÉ Jean-Sylvestre, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood », *JCP* 2000, Doctrine I 206, pp. 289-293

BERTHIAU Dominique, BRUNET Laurence, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.* 2011, pp. 1522- 1529

BOELE-WELKI Katharina, « Parental responsibilities : the european approach », in *Essays in honour of Konstantinos Kerameus*, Ed. Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, Athènes/Bruxelle, 2009, pp. 121-139

BOLLÉE Sylvain, note sous Cour de cassation,1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *J.D.I.* 2009, pp. 577-586.

BOLLÉE Sylvain, « La gestation pour autrui en droit international privé », *Trav. com. Fr. DIP* 2012-2014, Pédone, Paris, 2015,

BORTOLOTTI Karen, *Les effets en France d'une procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger*, 2000, mémoire Paris II, sous la direction de J. Foyer

BOURDELOIS Béatrice, note sous Cass. 1re civ., 24 sept. 2002 ; Épx A. c/Proc.Rép.près TGI Nanterre, *Rev. crit. DIP* 2003, pp. 271-285

BOURDELOIS Béatrice, « La famille du XXIe siècle et problématiques de conflits de lois », in *Mélanges Pierre MAYER*, L.G.D.J./LEXTENSO Éditions, Paris, 2015

BOUREL Pierre, MUIR WATT Horatia, « Filiation. Établissement de la filiation : détermination des règles de conflit », J.Cl. Droit international, Fasc. 548-10, n° 13

BROEKHUIJSEN-MOLENAAR Annelenen, « L'article 8 de la Convention européenne et le don d'ovule à une mère de substitution aux Pays-Bas », in *L'enfant et les conventions internationales*, actes du colloque organisé par l'Association internationale de droit de la famille, ténu à Lyon les 6 et 7 octobre 1995, (sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi et Rainer Granek), Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 375-389

BRUNET Laurence, « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français : commentaire de CA Paris, 1re chambre, section C, 25 octobre 2007 », *Revue générale de droit médical,* juin 2008, pp. 155-186

BRUNET Laurence, « Un arrêt trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *D.* 2009, n° 5, pp. 340-344

BRUNET Laurence, « La Cour de cassation valide l'adoption, par la conjointe de la mère biologique, de l'enfant né d'un don de sperme à l'étranger », *RDSS* 2014, pp. 1145 et seq.

BUCHER Andreas, « La migration de l'état civil », *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans Van Loon*, Intersentia, Antwerp, 2013, pp. 101-112

BUCHER Andreas, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, t. 239, 1993

BUCHER Andreas, « La famille en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 2000, t. 283, p. 9

BUCHER Andreas, « La dimension sociale du droit international privé », tiré à part du *RCADI* t. 341 (2009), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2010

BUSCHBAUM Markus, « La reconnaissance des situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois », *D.* 2011, pp. 1094-1100

BUSCHBAUM Markus, « Reconnaissance de situations juridiques fondée sur les actes authentiques ? État des lieux et perspectives après l'entrée en vigueur du règlement européen sur les successions internationales », in FULCHIRON Hugues, BIDAUD-

GARON Christine (sous la dir. de), *Vers un statut européen de la famille*, DALLOZ, Paris, 2014, pp. 255-266

CALLÉ Pierre, *L'acte public en droit international privé*, thèse sous la dir. de Hugues Fulchiron, Economica, 2004

CALLUS Thérèse, « De l'anonymat assuré à l'anonymat affaibli : La (R)évolution du droit anglais en matière de procréation médicalement assistée », in Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international (sous la dir. de FEUILLET-LIGER Brigitte), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 179-192

CANIVET Guy, MOLFESSIS Nicolas, « La politique jurisprudentielle », conférence prononcée par Nicolas Molfessis à la Cour de cassation, depuis lors enrichie des discussions menées avec G. Canivet comme des réflexions conduites par celui-ci sur le rôle et le fonctionnement de la Cour de cassation, consultable sur le site de la Cour de cassation : Cour de cassation du 13 décembre 1989

CHRISTIANOS Vassili, « La diversité de la culture juridique européenne et la prise de décision au sein de la Cour de justice de l'Union européenne », in *La Cour de justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, Springer, 2013, p. 561-569

CORNELOUP Sabine, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Trav.com.fr.dip* 2011-2012, pp. 189-222 et débats pp. 223-228.

COURBE Patrick, « L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant », *D.*2006, pp. 1487-1490.

D'AVOUT Louis, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Trav. Com. fr. DIP*, 2014-2016 (à paraître)

D'AVOUT Louis, « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », *D* 2012, pp. 1973-1974

D'AVOUT Louis, « Mères porteuses : analyse de droit international privé », note sous Cass. 1re civ. , 17 déc. 2008, n° 07-20.468, FS P + B+I : JurisData n° 2008-046272, *JCP G.*, 4 février 2009, 10021, pp. 39-41

DE SAINT-PERN Laure, « Le droit anglais », in La famille en mutation, *Archives de Philosophie du droit*, t.57, DALLOZ, 2014, pp. 413-424, spéc. p. 415, n° 8

DERÈSE Marie-Noëlle, WILLEMS Geoffrey, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2/2008, pp. 279-359

DEUMIER Pascale, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », D. 2015, pp. 2022-2030

DEVERS Alain, « Le droit de visite », in FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 105-108.

DEVERS Alain, « Les praticiens et le droit international privé européen de la famille », *Europe* novembre 2013, pp. 5-11

DEVERS Alain, FARGE Michel, « Mariage homosexuel franco-marocain : contradiction entre les motifs et le communiqué de la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2015-3, pp. 66-69

DEVERS Alain, VIANGALLI François, « Droit à pension de veuf pour un partenaire homosexuel », *JCP* 2008 II 10143, pp. 42-45

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « La conformité à l'article 8 de la C.E.D.H. des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe,* Dalloz, Paris, 2012, pp. 157-177

FABRE-MAGNAN Muriel, « Le refus de transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *D.* 2013, pp. 2384-2388

FABRE-MAGNAN Muriel, « Les nouvelles formes d'esclavage et de traite ou le syndrome de la ligne Maginot », D. 2014, pp. 491-492.

FARGE Michel, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *RDLF* 2014, chron. n°21 <www.revuedlf.com> dernière visite le 12.10.2016.

FLAUSS-DIEM Jacqueline, « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *R.I.D.C.* 1996 p. 855-864.

FOYER Jacques, « Problèmes de conflit de lois en matière de filiation », RCADI, 1985, t. IV

FOYER Jacques, « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Presses Universitaires de Strasbourg/L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 127-140

FULCHIRON Hugues, « La lutte contre les enlèvements d'enfants », in FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 223-260

FULCHIRON Hugues, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilité des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution» in Frédéric SUDRE (sous la dir. de), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme,* Bruylant, Nemesis, Bruxelles, 2002, pp. 353-386, spéc. pp. 355-356

FULCHIRON Hugues, « *Fraus omnia corrumpit ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes* », *D.* 2014, p. 1162

FULCHIRON Hugues, MARTIN-CALDERO GUILARTE Cristina, « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille », *Rev. crit. DIP* 2014 pp. 531-558

FULCHIRON Hugues, « Le « mariage pour tous est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015, pp. 464-469

FULCHIRON Hugues, « Gestation pour autrui (statut des enfants) : position du Tribunal supremo espagnol », *D.* 2015, p. 626

FULCHIRON Hugues, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, pp. 1472-1476

FULCHIRON Hugues, « GPA : une nouvelle lecture a minima des arrêts Labassée et Mennesson », *Droit de la famille* mai 2016, no 5, pp. 52-55

FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARAUD Christine, « Dans les limbes du droit, À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D* 2013, pp. 2349-2357

FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine (sous la dir. de), Vers un statut européen de la famille, DALLOZ, Paris, 2014, pp. 255-266

FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev.crit. DIP* 2015, pp. 1-42

FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regards prospectifs sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.* 2015, pp. 1773-1782

GALLUS Nicole, « L'adoption », in VAN GYSEL Alain Charles (sous la dir. de), *Précis de droit de la famille, par les membres de l'unité de droit familial du centre de droit privé de l'ULB*, 2ème éd., Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 462-500

GALLOUS Nicole, « Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil », *Journal des tribunaux* 2010, pp. 422-423 ; note sous Civ. Huy (4e ch.), 22 mars 2010

GALLOUX Jean-Cristophe, GAUMONT-PRAT Hélène, « Droits et libertés corporels, *Panorama de la législation, de la jurisprudence et des avis des instances éthiques* », *Recueil Dalloz*, n°8, 2005, pp. 536-543

GANNAGÉ Léna, « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen. Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman », *Rev. Int.l Dr. Comp* 2006, pp. 101-116

GANNAGÉ Léna, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP* 2015, pp. 525-529

GAUDEMET-TALLON Hélène, JAULT-SESEKE Fabienne, « Panorama, droit international privé, février 2011-février 2012 », *D.* 2012, pp. 1228-1240.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « Le pluralisme en droit international privé : Richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, t. 312, 2005

GAUDEMET-TALLON Hélène, note sous Paris, 1re Ch., 15 juin 1990, *Mme Monique Bernard-Catat, substitut du procureur général-Dame D.T., épouse M.*, *J.D.I.*, 1990-4, pp. 982-994

Gaumont-Prat Hélène, « La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui », *Revue Lamy Droit civil*, n°45, janvier 2008, pp. 39-43

DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, note sous Paris (1re CH., SECT. C), 25 octobre 2007, *gaz. pal.*, nos 27-29,128ème année, 27 -29 janvier 2008, pp. 20-28,

GIARDINA Andrea, « L'exequatur partiel en Italie des décisions étrangères en matière de filiation », in *Multitudo Legum Ius Unum*, *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Wengler*, vol. II, InterRecht, Berlin, 1973, pp. 337-355

GIROUX Michelle, « Fasc. 30 : Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », in *Jurisclasseur Québec Personnes et famille*, ROY Allain (sous la dir. de), mise à jour novembre 2014

GOASGUEN Gille, *Les conventions de mères porteuses en droit américain*, (mémoire sous la dir. de Mme le prof. Marie Goré), Université Panthéon-Assas/Paris II, année 2002-2003

GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ* 1992, p. 489-528

GODECHOT-PATRIS Sara, «Le champ d'application de la proposition de règlement du 14 octobre 2009 », in BOSSE-PLATIÈRE Hubert, DAMAS Nicolas, DEREU Yves (sous la dir. de), *L'avenir européen des successions internationales*, Actes du colloque du 18 mars 2011-NANCY organisé par l'Institut François Gény et l'Institut d'études notariales, Université de Nancy 2, Lexis-Nexis, Paris, 2011, pp. 17-32

GODECHOT-PATRIS Sara, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes », *D.* 2012, pp. 2462-2469

GOUTTENOIRE Adeline, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima », *JCP G.* 2015, pp. 1614-1617

GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASSIOPI-PASSIA Zoe, « L'évolution du droit international privé de la filiation et du divorce, rapport grec », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, *Trav. Assoc. Henri Capitant, Journées turques*, 1988, t. XXXIX, Économica, 1990, p. 483-495

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Filiation de l'enfant conçu par procréation assistée avec don de gamètes : dispositions spéciales », in DROIT DE LA FAMILLE (sous la dir. de MURAT Pierre), Dalloz, Paris, 2007, pp. 595-602

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation : panorama janvier 2015-janvier 2016 », *D.* 2016, pp. 857-863

GUILLAUMÉ Johanna, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, pp. 2121-2128

GUYON-RENARD Isabelle, « La fraude en matière d'état civil dans les États-membres de la CIEC », p. 13 ; édition actualisée en 2000 de l'étude parue dans la *Rev.crit D.I.P.* 1996, pp. 541-571 consultable sur : <http://www.ciec1.org> dernière visite 12.10.2016.

HAFTEL Bernard, « Insémination *post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit internationale privé* », *D.* 2016, pp. 1477-1480

HAMMJE Petra, « Le règlement (CE) no 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles IIbis », Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution », in FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 87-103

HAMMJE Petra, note sous Cass. 1re civ., 8 juillet 2010, n° 08-21.740 : *JurisData N° 2010-011438*, *Rev. crit. DIP* 2010, pp. 747-761

HAUSER Jean, « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : la valse des hypocrisies continue », *RTD civ* 2016, pp. 78-80

HENRICOT Caroline, « BELGIQUE: La gestation pour autrui en droit international privé », in MONÉGER Françoise (sous la dir. de), *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, XVIIIe Congrès Washington, les 25-31 juillet 2011, Lex Multiplex Jus Unum, Société de Législation Comparée, Paris, 2011, pp. 49-84

HERVIEU Nicolas, « Limitation, au nom de la protection de l'ordre public national, des effets juridiques d'une adoption réalisée à l'étranger », publié sur le site suivant : http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/05/05/le-contentieux-de-l%E2%80%99adoption-en-grece-prefiguration-strasbourgeoise-du-contentieux-francais-des-conventions-de-meres-porteuses-cour-edh-1e-sect-3-mai-2011-negrepontis-giannisis-c-grece/ dernière visite le 12.10.2016

HUET André, « Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi du 3 janvier 1972 », in Les conflits de lois en matière de filiation, en droit international privé français, allemand et suisse, Actes du colloque des 13-14 octobre 1972, Travaux de l'Institut de droit comparé, Annales de la faculté de droit et des sciences politiques et de l'institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, XXV, L.G.D.J., Paris, 1973, pp. 19-63

JAMIN Christophe, « Motivation (suite) : quelle tradition civiliste défendre ? », *D.* 2016, p. 1072

JOUBERT Natalie, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, préf. Paul Lagarde, LexisNexis/Litec, Paris, 2007

JOUBERT Natalie, BOSSE-PLATIÈRE Hubert, « Le certificat successoral européen : des éclaircies attendues », in BOSSE-PLATIÈRE Hubert, DAMAS Nicolas, DEREU

Yves (sous la dir. de), *L'avenir européen des successions internationales*, Actes du colloque du 18 mars 2011-NANCY organisé par l'Institut François Gény et l'Institut d'études notariales, Université de Nancy 2, Lexis-Nexis, Paris, 2011, pp. 63-84

JOYAL Renée, « Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés », *Enfances, Familles, Générations*, no 5, automne 2006 consulté dans le site suivant :
http://www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n5/015778ar.html
dernière visite le 12.10.2016

KEGEL Gerhard, « La réforme du droit international du mariage en Allemagne », *Rev. crit. DIP* 1962, pp. 641-665

KERAMEUS D. Konstantinos, « La procédure civile nationale dans le cadre du droit communautaire », in Jean-Sylvestre BERGÉ, Marie Laure NIBOYET (sous la dir. de), La réception du droit communautaire en droit privé des États membres, colloque international qui a eu lieu à l'Université de Paris X-Nanterre les 28/01-01/02/2003, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 145-152

KESSLER Guillaume, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* juillet-août 2005, pp. 11-15

KINSCH Patrick, « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *Rev. crit. DIP* 2003, pp. 403-435

KINSCH Patrick, « Principe d'égalité et conflit de lois », Trav. Com. fr. dr. int. pr. 2002-2004, pp. 117-133 et débats pp. 135-144, spéc. p. 122.

KINSCH Patrick, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.43-55

KOHLER Christian, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in LAGARDE Paul (sous la dir. de*), La reconnaissance des situations en droit international privé*, Éditions A Pédone, Paris, 2013

LABRUSSE-RIOU Catherine, « Bioéthique et droit international privé », *Trav. Com. fr. d.i.p.* 2000-2001, 2002-2003, pp. 47-70 et débats pp. 71-80

LAGARDE Paul, « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI* 1986, t. 196

LAGARDE Paul note sous Cass. civ., 1re, 17 déc. 2008, n° 07-20.468, FS-P+B+I.-X. c/Y., *Rev. crit. DIP* 2009, pp. 320-331

LAGARDE Paul, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev.crit. DIP*. 2012, pp. 691-732

LAGARDE Paul, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.19-25

LAGARDE Paul, « En guise de synthèse », in FALLON Marc, LAGARDE Paul, POILLOT-PERUZZETO Sylvaine, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, EUROCLIO, poli 2012, pp. 365-376.

LAGARDE Paul, « La gestation pour autrui : Problèmes de droit interne et de droit international privé », *RHDI* 2009, pp. 511-520

LAGARDE Paul, « La reconnaissance mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 481-501

LAGARDE Paul, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004, pp. 225-243

LAGARDE Paul, « Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé », in *Mélanges A. von Overbeck*, Université de Fribourg, 1990, pp. 511-528

LAVALLÉE Carmen, « Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois : une égalité à géométrie variable », *R.I.D.C.* 2012, pp. 13-34

LaVIOLETTE Nicole, « Dad, Mom- and Mom : The Ontario Court of Appeal's Decision in A.A. v. B.B. », *R. du B. can.* vol. 86, 2007, pp. 665-689

LE BOURSICOT Marie-Christine, « Filiation des enfants issus d'une procréation médicalement assistée : de la distinction entre PMA endogènes et PMA exogènes », *RLDC* juillet-août 2016, pp. 24-28

LENAERTS Koen, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE* 2001, pp. 487-528

LEQUETTE Yves, « L'évolution du droit international privé de la filiation et du divorce, rapport français », in Aspects de l'évolution récente du droit de la famille, Trav. Assoc. Henri Capitant, Journées turques, 1988, t. XXXIX, Économica, 1990, pp. 467-482

LEQUETTE Yves, « De Bruxelles à la Haye (Acte II) », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 503-544

LEQUETTE Yves, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la dir. de), *Libertés et droits fondamentaux*, 11ème éd, CRFPA, Dalloz, Paris, 2011

LEQUETTE Yves, « De la « proximité » au « fait accompli », Mélanges Pierre MAYER, L.G.D.J./LEXTENSO Éditions, Paris, 2015, pp. 481-518

LEROYER Anne-Marie, commentaire sous la nouvelle loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *RTD civ.* 2009, pp. 375-381

LÉROYER Anne-Marie, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014, pp. 2031-2036

LHERNOULD Jean-Philippe, « Les droits sociaux des couples homosexuels », *Droit social*, 2008, pp. 712-719

LIBCHABER Rémy, « Les transformations dans les sources du droit », *RDA* février 2015, pp. 7-29

LOUSSOUARN Yvon, « Les réformes du droit international privé du divorce et de la filiation », in BLAISE Henri (sous la dir. de) La Terre, la famille, le juge, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard, Économica, Paris, 1990, pp. 135-157

LOUSSOUARN Yvon, « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », *Rev. crit. DIP* 1979, pp. 307-347

MARCHADIER Fabien, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2007

MARCHADIER Fabien, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.* 2007, pp. 2700-2703

MARIDAKIS S. Georges, « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I, Dalloz, Paris, 1960

MĄCZYŃSKI Andrzej, « Le droit de la famille dans la nouvelle codification polonaise », in VERBECKE Alain-Laurent, SCHERPE M. Jens, DECLERCK Charlotte, HELMS Tobias, SENAEVE Patrick (sous la dir. de), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law*, *Liber Amicorum Walter Pintens*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 887-902

MALAURIE Philippe, « Pour : La Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété Contre : le *judge made law* à la manière européenne », *JCP* G. 2016, pp. 546-547

MASSAGER Nathalie, « La filiation », in Précis de droit de la famille, par les membres de l'unité de droit familial du centre de droit privé de l'ULB, sous la dir. de VAN GYSEL Alain Charles, 2ème éd., Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 378-461

MAVRIDIS Prodromos, « Libre circulation des citoyens et protection sociale : progrès ou risque ? », in BORGETTO Michel, GINON Anne-Sophie, GUIOMARD Frédéric (sous la dir. de), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 127-166

MAYER Pierre, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle et MAYER Pierre et comité de rédaction (sous la dir.de), Dalloz, Paris, 2005, pp. 547-573.

MAYER Pierre, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP*, 1979, pp. 1-29, 349-388, 537-583.

MC ELEAVY Peter, « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de common law », *Trav. com. fr. DIP*. 2008-2010, Éditions Pedone, Paris, 2011, pp. 127-146 et les débats pp. 147-155.

MERCHANT Jennifer, « Une gestation pour autrui « éthique » est possible », *Travail, genre et sociétés* 2012/2, pp. 183-189

MEZGHANI Ali, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *RCADI* 2003, t. 303, pp. 128-430

MIRCOVIC Aude, « Mères porteuses : analyse de droit de la famille », note sous Cass. 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, FS P + B+I : JurisData n° 2008-046272, *JCP G.*, 4 février 2009, 10020, pp. 37-39.

MONÉGER Françoise, « France », in MONÉGER Françoise (sous la dir. de), *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, XVIIIe Congrès Washington, les 25-31 juillet 2011, Lex Multiplex Jus Unum, Société de Législation Comparée, Paris, 2011, pp. 157-168

MUIR WATT Horatia, « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : une rendez-vous manqué ? », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), *La reconnaissance des situations en droit international privé,* Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp.85-95

MUIR WATT Horatia, RICHEZ-PONS Anne, « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », J.Cl droit international, fasc. 543-10

MURAT Pierre, «Gestation pour autrui : les palinodies de la Cour d'appel de Paris » *Dr.fam.* juin 2009, comm. 75

MURAT Pierre, « Enjeux de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation*, *Arch. phil droit* 57 (2014), pp. 285-300

NIBOYET Marie-Laure, « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in La réception du droit communautaire en droit privé des États membres, colloque international qui a eu lieu à l'Université de Paris X-Nanterre les 28/01-01/02/2003 (sous la dir. de Jean-Sylvestre BERGÉ/ Marie Laure NIBOYET), Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 153-181

NIBOYET Marie-Laure, in débats suite à la communication de CORNELOUP Sabine, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Trav.com.fr.dip* 2011-2012, pp. 189-222 et débats pp. 223-228

PAPACHRISTOS C. Athanasios, « La tension entre filiation légale, biologique et sociale dans le droit de la filiation »,(Rapport héllenique dans le congrès de la Société du Droit Comparé : Utrecht, juillet 2006), *RHDI* 2006, pp. 52-63

PANOPOULOS Georgios, « L'enfant dans la famille en droit international privé grec : les principes de l'égalité et de l'intérêt de l'enfant », version revue et augmentée de la contribution au colloque « Droit de la famille et des successions en Grèce et au Liban » au Conseil juridique de l'État à Athènes, le 27 avr. 2015 (à paraître)

PANOU Chrysoula, « Panorama critique de la jurisprudence hellénique de droit international privé (année 2008) » *RHDI* 2009, pp. 297-320

PAPACHRISTOS Athanasios, « Le droit hellénique de la filiation : parenté biologique et parenté socio-sentimentale », (Rapport hellénique au congrès de la Société du Droit Comparé : Utrecht, juillet 2006), *RHDI* 2006, pp. 52-63

PAPACHRISTOS C. Athanassios, « Le don d'utérus et le droit hellénique », in MONÉGER Françoise (sous la dir. de), *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, XVIIIe Congrès Washington, les 25-31 juillet 2011, Lex Multiplex Jus Unum, Société de Législation Comparée, Paris, 2011, pp.169-171

PARIZER-KRIEF Karène, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne, De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *R.I.D.C.* 2011, pp. 645-659

PATAUT Etienne, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. Com. Fr. D.I.P.*, Année 2006-2008, pp. 73-97 et débats pp. 99-114

PATAUT Etienne, « Le citoyen européen, son état civil, sa famille –Chronique citoyenneté 2013 », *RTDE* 4-2013, p. 917-931

PATAUT Étienne, « Vers un état civil européen ? », in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, NOMIKI VIVLIOTHIKI, Athènes, 2014, pp. 751-762

PATAUT Étienne, « Territorialité et coordination en droit international privé, L'exemple de la sécurité sociale », in *Mélanges Pierre MAYER*, L.G.D.J./LEXTENSO Éditions, Paris, 2015, pp. 663-677

PÉROZ Hélène, « La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JDI* 2006, pp. 581-591

PERREAU SAUSSINE Louis, « Le nouveau règlement européen « successions internationales » : un équilibre délicat entre juridique et judiciaire », *Europe* juin 2013, pp. 6-10

PETIT Cécile (avis de), premier avocat général sur Cass. 1re civ., 7 juin 2012, *JCP* G. 2012, pp. 1432-1435

PETIT Cécile, « Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », *D.* 2013, pp. 2377-2382

PICONE Paolo, « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent », RCADI, 1999, t. 276

PONSARD André, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation, JD.I. 1972, pp. 765-796

POPOV Athanase, « L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH » *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 24 février 2015, consultable sur : <http://revdh.revues.org/1065> dernière visite le 09.03.2016.

QUIÑONES-ESCÁMEZ Ana, « Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé », *R.I.D.C.* 2013, pp. 57-91

REIGNÉ Philippe, « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », *D.* 2014, p. 1669

RENCHON Jean-Louis, « Le droit belge », in La famille en mutation, *Archives de Philosophie du droit*, t. 57, DALLOZ, 2014, pp. 379-411

REVILLARD Mariel, « Successions internationales : le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions », *Defrénois* 2012, pp. 743-753
REYNIS Bernard, « Le certificat successoral européen, un acte authentique européen », *Defrénois* 2012, pp. 767-771

ROMANO Gian Paolo, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP*, 2006, pp. 457-519

ROMANO Gian Paolo, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in LAGARDE Paul (sous la dir. de), La reconnaissance des situations en droit international privé, Éditions A Pédone, Paris, 2013, pp. 185-216

ROY Alain, « La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée » ?, *La Revue du Notariat* mars 2003, pp. 119-125.

ROY Alain, « Le droit de la famille – Une décennie d'effervescence législative », *R. du N.* 2003, pp. 215-269

ROY Alain, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 65, 2005, pp. 31-48

ROZÉE Virginie, UNISA Sayeed, DE LA ROCHEBROCHARD Elise, « La gestation pour autrui en Inde », *Population & Sociétés* octobre 2016, pp. 1-4

SANA-CHAILLÉ de NERÉ Sandrine, « Les questions préalables », in Tristan AZZI, Olivera BOSKOVIC, *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 123-138

SÉRIAUX Alain, « Droit naturel et procréation », *D.* 1985, Chron., p. 53

SINDRES David, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *J.D.I.* 2015, pp. 429-504

SOSSON Jehanne, « Les actions judiciaires relatives à la filiation : tableaux synthétiques », *Rev. trim. dr. fam.* 2/2007, pp. 371-382.

SPAHNI Elodie, *Maternité de substitution à l'étranger, Reconnaissance et effets en Suisse, Analyse de deux arrêts récents du Tribunal fédéral, (ATF 141 lll 312 et ATF 141 III 328)*, travail effectué dans le cadre du master : « La protection internationale de l'enfant », sous la dir. de ROMANO Gian Paolo, Genève, juin 2016

STEINER Eva, « Angleterre : Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in MONÉGER Françoise (sous la dir. de), *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, XVIIIe Congrès Washington, les 25-31 juillet 2011, Lex Multiplex Jus Unum, Société de Législation Comparée, Paris, 2011, pp. 39-46

SUTTON Geneviève, "Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande Instance de Paris », Trav. Com. Fr. DIP 1982-1984, pp. 193-223

TENREIRO Mário, « L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, Le nouveau règlement « Bruxelles II » », in FULCHIRON Hugues Nourissat Cyril, (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 39-49

TERRÉ François, « Les lacunes du droit », in PERELMAN Charles (études publiées par), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1968, pp. 143-160

USUNIER Laurence, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *RTD civ.* 2015, pp. 343-348

VALLINDAS G. Pierre, « Le droit international privé dans le Code civil hellénique », *RIDC* 1949. pp. 95-104

VAN HOOGSTRATEN M. H., « Le droit international privé néerlandais et la question préalable », in *De Conflictu Legum*, *Mélanges offerts à Roeland Duco Kollewijn et Johannes OFFERHAUS*, pp. 209-225

VANDER ELST Raymond, « Lacunes en Droit international privé », in PERELMAN Charles (études publiées par), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 402

VARANO V., « Filiation et Adoption », *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille, Trav. Assoc. Henri Capitant, Journées turques*, 1988, t. XXXIX, Économica, 1990, pp. 507-515

VIGANOTTI Élisa, « Enfants nés de mères porteuses, enfants sans mère : le débat reste ouvert », *AJ fam* 2016, pp. 437-438.

VIGNAL Théry, « Ordre public et reconnaissance », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 527-548

WENGLER Wilhelm, « Nouvelles réflexions sur les « questions préalables » », *Rev.crit DIP* 1966, pp. 165-215

2. Bibliographie Anglophone et germanophone

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

BAINHAM Andrew, Children, *The modern law*, 3ème éd., Family law, Bristol, 2005

BRIGGS Adrian, *Private International Law in English Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2014

CRAIG Paul, de BURCA Grainne, *EU law : text, cases, and materials,* 5ème éd., Oxford University Press, Oxford, UK, New York, 2011

DICEY, MORRIS, COLLINS, The Conflict of Laws, vol. 2, 14ème éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2006

DICEY, MORRIS, COLLINS, The Conflict of Laws, vol. 2, 15ème éd., SWEET & MAXWELL, Londres, 2012

DOUGLAS Gillian, *Law, Fertility and Reproduction*, Sweet & Maxwell, 1991, p. 160

HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ème éd., OUP, Oxford, 2009

HERRING Jonathan, *Family law*, 4ème éd., Pearson Education, Essex, 2009

LOWE Nigel, DOUGLAS Gillian, *Bromley's Family Law*, 10ème éd., Oxford University Press, Oxford, 2007

II. Thèses, monographies et ouvrages collectifs

BRUNET Laurence and others, A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs, May 2013, available at http://www.europarl.europa.eu/ studies

DWORKIN Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1986

MEEUSEN Johan, PERTEGÁS Marta, STRAETMANS Gert, SWENNEN Frederik (sous la dir. de), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007

MORGAN Derek, LEE G. Robert, *Blackstone's guide to the Human Fertilisation & Embryology Act 1990, Abortion & embryo research, The new law*, Blackstone Press Limited, London, 1991

RIVARD Glenn, HUNTER Judy, *The Law of ASSISTED HUMAN REPRODUCTION*, LexisNexis /Butterworths, Ontario, 2005, p. 25

SAARLOOS Kees Jan, *European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage,* Maastricht University, July 2010

SATZ Debra, *Why Some Things Should not Be for Sale, The Moral Limits of Markets*, Oxford University Press, 2012

STAVROS Stefanos, *The guarantees for Accused Persons under* Article *6 of the European Convention on Human* Rights, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Dordrecht/Boston/London, 1993

STOLL Jane, Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood, Swedish Law in a Comparative Context, Uppsala Universitet, Uppsala, 2013

III. Articles, cours, commentaires et contributions

APPLETON FRELICH Frelich Susan, « Surrogacy arrangements and Conflicts of Laws», *Wisconsin Law Review* 1990, pp.399-482

ATKIN Bill, « Landmark family legislation », in *The international Survey of Family Law*-2006 Edition, (General Editor Andrew Bainham), Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2006, pp. 305-320

C. AUTIN, M.L. GUSTIN, A. DELVIGNE, « In vitro fertilization surrogacy : experience of one Belgian centre », 26 Human Reproduction 2011, (suppl 1) i80–i82. Cet article paraît dans les Abstracts de la 27ème rencontre annuelle de la European Society of Human Reproduction and Embryology, Stockholm, Suède, 3–6 juillet 2011, Selected Oral Communication Session, Session 53: « Cross Border Reproductive Care & ART in Developing Countries », mardi, 5 juillet 2011, consultable sur : <www.humrep.oxfordjournals.org/content/26/suppl_1/i80.abstract?etoc> dernière visite le 12.10.2016

BAILEY Martha, « Reform not revolution », in *The international Survey of Family Law-2006 Edition*, (General Editor Bill Atkin), Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2009, pp.139-156

BAETENS P., BREWAEYS A., « Lesbian couples requesting donor insemination : an update of the knowledge with regard to lesbian mothers », *Human Reproduction* Update, Vol. 7, n°5, 2001, pp. 512-519

BONOMI Andrea, « The Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations », *Yearbook of Private International Law* 2008, pp. 333-357

BRUGGER Kristiana, « International Law in the Gestational Surrogacy Debate », *Fordham Int'l L. Journal*, vol. 35, 2012, pp. 665-697

BURRELL Riitta, *Assisted Reproduction in the Nordic Countries, A comparative study of policies and regulation*, October 2005, consultable sur le site de Nordic Committee on Bioethics : Nordic Committee on Bioethics, p. 15.

BYCHKOV Green Sonia, « Interstate Intercourse : How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law », *Wis. J. L. Gender & Soc'y* 2009, pp. 25-115

CARLIER Jean-Yves, SAROLÉA Sylvie, « Migrations and Family Law », in Johan MEEUSEN, Marta PERTEGÁS, Gert STRAETMANS, Frederik SWENNEN (sous la dir. de), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 439-461

COESTER-WALTJEN Dagmar, « Problems of transnational surrogacy arrangements », in Medically Assisted Reproduction: Towards a Common European legislation ?, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 297-308

COESTER-WALTJEN Dagmar, « Die Mitmutter-schaft nach südafrikanischem Recht im Deutschen Geburtsregister (KG Berlin, S. 160)», *IPrax* 2/2016, pp. 132-139

CURRY-SUMNER Ian, MACHTELD Vonk, « Dutch co-motherhood in 2014 », *in The international Survey of Family Law-2014 Edition*, (General Editor Bill Atkin) Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2014, pp. 361-376

D'ALTON-HARRISON Ruth, « Mater Semper Incertus [sic] Est: Who's Your Mummy? », *Medical Law Review* 2014, p. 357-383

DE ARAUJO Nadia, VARGAS Daniela, DE CAMPOS VELHO MARTEL Letícia, « Brazil », in P. BEAUMONT/ K. TRIMMINGS, International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level (Studies in Private International Law), Hart Publishing, Oxford/Portland, 2013, p. 85 et seq.

DIMOPOULOS Nikos, « Towards a European Legal Framework on Medically Assisted Reproduction », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 357-372

DONDORP W.J., De WERT G.M. et JANSSENS P.M.W., « Shared lesbian motherhood: a challenge of established concepts and frameworks », Human Reproduction, 2010, Vol.25, No.4, pp. 812–814

FULLI-LEMAIRE Samuel, « International Surrogate Motherhood before the French Cour de cassation – The Doors now ajar, *Judgments of the French Cour de cassation of 3 July 2015* », *ZEuP* 2016 (à paraître).

GAMBLE Natalie, « Made in the U.S.A. – Representing U.K. Parents Conceiving Through Surrogacy and ART in the United States », *Family Law Quarterly* vol. 46, Spring 2012, pp. 155-167.

GOESSL L Susanne, « Preliminary Questions in EU Private International Law », *Journal of Private International Law* 2012, pp. 63-76

GOESSL Susanne, « National Report on Surrogacy: Germany », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for a Legal Regulation at the International Level*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013 pp. 119-130

GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, « Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: An Initial Approach », *La. L. Rev.*, 1999-2000, pp. 1113-1121.

GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, «Transborder Medically Assisted Reproduction : The Challenges for Conflict of Laws », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe : Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp.385-397

GRUENBAUM Daniel, « Foreign Surrogate Motherhood : *mater semper certa erat* », *AmJComp Law* 2012, pp. 475-505

HOWE W. Ruth-Arlene, « Parenthood in the United States », in *Cross Currents, Family Law and Policy in the United States and England*, Éd. Par Katz. N. Sanford/Eekelaar John/ Maclean Mavis, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 187-209

DAY SCLATER Shelley, KAGANAS Felicity, COOK Rachel (sous la dir. de), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, 2003,

DICKINSON Andrew, « European Private International Law : Embracing New Horizons of Mourning the Past? » *Journal of Private International Law*, October 2005, pp. 197-236

DUDEN Konrad, « International Surrogate Motherhood – Shifting the Focus to the Child », *ZEuP* 2015, pp. 637-660.

DUPRÉ Lisette, « Council Regulation (EC) No 2201/2003 (Brussels IIa) proposals for change and the potential impact », *IFL* 2016, p. 100

FALLON Marc, « Constraints of internal market law on family law », in *International Family Law for the European Union*, Johan MEEUSEN, Marta PERTEGÁS, Gert STRAETMANS, Frederik SWENNEN (sous la dir. de), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, pp. 149-181

FORDER Caroline, SAARLOOS Kees, « The Establishment of Parenthood : A Story of Successful Convergence ? », in Convergence and Divergence of Family Law in Europe (Antokolskaia Masha éd.), Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2007

FORSYTH Christopher, « The Eclipse of Private International Law Principle ? The Judicial Process, Interpretation and the Dominance of Legislation in the Modern Era », *Journal of Private International Law*, April 2005, pp. 93-113

FOUNTEDAKI Katerina, « Legislative and policy issues concerning the donation and use of cryopreserved gametes », in Medically Assisted Reproduction : Towards a common European legislation?, colloque organisé par l'Université Aristote de Théssalonique les 24-25 April 2015

GAMBLE Natalie, GHEVAERT Louisa, « The Chosen Middle Ground : England, Surrogacy Law and the International Arena », *IFL* novembre 2009, pp. 223-227.

HOWE Darren, « International Surrogacy-A Cautionary Tale », *Fam.Law*, January 2008, pp. 60-63

JACKSON Emily, « DIY Assisted Conception and the future of regulation », in *Medically Assisted Reproduction :* in Elissavet SYMEONIDOU-KASTANIDOU (sous la dir. De), *Towards a common European legislation* », Maison d'éditions SAKKOULAS, Athènes/Thessaloniki, pp. 335-352

JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Sweden : Lesbian couples are entitled to assisted fertilization and to equal rights of parentage », *FamRZ* 2006, pp. 1329-1330

JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Parenthood for same-sex couples : challenges of private international law from a scandinavian perspective », in *Liber Memorialis Petar Šarčević Universalism*, *Tradition and the individual* (éd. Erauw Johan, Volken Paul, Tomljenovic Vesna), Selier European Law Publishers, München, 2006, pp. 75-91.

JORDAN D. Kelly, « ART Class : Assisted reproduction technology class – six questions answered », *C.F.L.Q.* 2009, pp. 71-93, spéc. p. 84-85.

KEYES Mary, « Cross-border surrogacy arrangements », *Australian Journal of Family Law* 2011, pp. 28-50

KINSCH Patrick, « Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law », in *Convergence and Divergence in Private International Law-Liber Amicorum Kurt Siehr,* Eleven International Publishing, The Hague, 2010, pp. 259-275

KIRILOVA ERIKSSON Maja, SCHIRATZKI Johanna, « Sweden », in *Kluwer Law International, International Encyclopaedia of Laws*, vol. 5, Family and succession law, Suppl. 37, March 2008, p. 73, n° 132

KOUMOUTZIS Nikos, The Establishment of Motherhood in Surrogacy Cases, in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), Assisted Reproduction in Europe : Social, Ethical and Legal Issues, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 143-152

KOUNOUGERI-MANOLEDAKI Efie, « Surrogate Motherhood in Greece (According to the New Law on Assisted Reproduction) », in The international Survey of Family Law-2005 Edition, (General Editor Andrew Bainham), Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2005, pp. 266-274.

LAGARDE Paul, « Public Policy », Chapter 11 in *International Encyclopedia of Comp. Law,*vol. III, chap. 11, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen,/Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1994

LECKEY Robert, « 'Where are the Parents of the Same Sex': Quebec's Reforms to Filiation », *Int'l Journal of Law, Policy and the Family*, 23, 2009, pp.62-82

LEIBOWITZ-DORI Iris, Note, Womb for Rent : The Future of International Trade in Surrogacy, 6 *MINN. J. GLOBAL TRADE* 329, 350 (1997)

MAGNUS Ulrich, « Art. 40 », in MAGNUS Ulrich, MANKOWSKI Peter, *European Commentaries on Private International Law, Brussels IIbis Regulation*, Sellier european law publishers, Munich, 2012, pp. 346-350

MAGNUS Ulrich, « Introductory remarks, Art. 40, Art. 42 », in MAGNUS Ulrich, MANKOWSKI Peter, *European Commentaries on Private International Law, Brussels IIbis Regulation*, Sellier european law publishers, Munich, 2012, pp. 343-345

MALHOTRA Anil, MALHOTRA Ranjit, « Surrogacy for Single and Unmarried Foreign Persons : A Challenge under Indian Law », in *The international Survey of Family Law-2014 Edition*, (General Editor Bill Atkin) Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2014, pp. 165-179

MARINAL S., MARINAL D., MARINAL F., FOSASL N., GALIANA N., and JOVE I., « Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers, a new IVF indication », *Human Reproduction* 2010, Vol.25, No.4 pp. 938–941

MARTÍN-CASALS Miquel, RIBOT Jordi, « Family Forms and Parenthood in Spain », in Andrea BÜCHLER, Hellen KELLER, *Family Forms and Parenthood*, *Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2016, pp. 379-424

MCK. NORRIE Keneth, « Reproductive Technology, Transexualism and Homosexuality : New problems for International Private Law», *I.C.L.Q.* 1994, pp. 757-775

MEILHAC-PERRI Marion, « Surrogacy Across State Lines : Challenges and Responses, National Regulation and Cross-border Surrogacy in France », *Yearbook of Private International Law* 2014-2015, pp. 275-288

MEEUSEN (Johan), PERTEGAS Marta, STRAETMANS Gert & SWENNEN Frederik (eds.), « Rapport général », in International Family Law for the European Union (Intersentia 2007), pp. 25-48

MICHAELS Ralf, « Comparative law and private international law », in Jürgen BASEDOW (sous la dir. de), *Encyclopedia of private international law*, Edward Elgar Publishing, (à paraître)

MORGAN Derek, LEE G. Robert, *Human Fertilisation & Embryology, Regulating the Reproductive Revolution*, Blackstone Press Limited, London, 2001

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS Patricia, « Spain », in TRIMMINGS K., BEAUMONT P. (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 347-355

PANOPOULOS Georgios, «GREECE : Chapter 5 Family », in VRELLIS Spyridon, *GREECE*, *International Encyclopedia of Private International Law*, *VERSCHRAEGEN Bea* (sous la dir. général de), n° 394-1 (à paraître)

PAPADOPOULOU Dimitra, « *Post mortem* artificial fertilisation and surrogacy in practice », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 113-120

PECHER Mandy « How to Chose a Surrogate for German Intended parents: An Overview of Legal Issues When Trying to Legalize a Child for Intended parents from Germany in Germany », communication effectuée lors du colloque de la section du droit de la famille de l'*American Bar Association*, qui a eu lieu du 26 au 29 octobre 2011 à Las Vegas [non publié]

PERREAU-SAUSINE Louis, SAUVAGE Nicolas, « France », in TRIMMINGS Katarina, BEAUMONT Paul (sous la dir. de), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 119-130

RAO Radhika, « Surrogacy Law in the United States : The Outcome of Ambivalence », in Surrogate Motherhood: International Perspectives (Cook Rachel/Day Sclater Shelley/Kaganas Felicity éds), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003, 2003, pp. 23-34 et spéc. p. 28.

REIMANN Mathias, « Comparative law and private international law », in REIMANN Mathias, ZIMMERMANN Reinhard (sous la dir. de), *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 1364-1396

RENGACHARY SMERDON Usha, « India », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp.187-217

ROKAS A. Konstantinos, « Chapter 9 : Greece », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp. 143-166

ROKAS A. Konstantinos, « Difficulties of recognition in Greece of parentage links created in foreign legal orders following recourse to techniques of medically assisted reproduction », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 463-470

ROKAS A. Konstantinos, « National Regulation and Cross-border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations », *Yearbook of Private International Law* 2014-2015, pp. 289-314

RENGACHARY SMERDON Usha, « India », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp. 187-217.

SATOH Yayohi, « The Relationship between Mother and Child Born with Gestational Agreement in IPL-with the Proposals of New Legislation », *Kansai Univ.Rev.L.& Pol.*, n°27, March, 2006, p. 1-15.

SHENFIELD Françoise, DE MOUZON J., PENNINGS Guido, FERRARETTI A.P., NYBOE ANDERSEN A.,de WERT G., et GOOSSENS V., the ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, « Cross border reproductive care in six European countries », *Human Reproduction*, Vol.25, No.6 pp. 1361–1368, 2010, Advanced Access publication on March 26, 2010 doi:10.1093/humrep/deq057

SYMEONIDES C. Symeon, « Choice of Law in the American Courts in 2007: Twenty-First Annual Survey », 56 *Am. J. Comp. L.* 2008, pp. 243-319

SCHUZ Rhona, « Surrogacy in Israël: An Analysis of the Law in Practice », in Surrogate Motherhood: International Perspectives (Cook Rachel/Day Sclater Shelley/Kaganas Felicity éds), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003, 2003, pp. 35-53 et spéc. p.49.

SCHUZ Rhona, « The Developing Right to Parenthood in Israeli Law », in *The international Survey of Family Law-2014 Edition*, (General Editor Bill Atkin) Family Law (a publishing imprint of Jordan Publishing Limited), Bristol, 2013, pp. 197-225

SHAKARGY Sharon, « Israel », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp. 231-246

SIEHR Kurt, « The EU Maintenance Regulation and the Hague Maintenance Protocol of 2007, Recognition of Foreign Judgments and the Public Policy Defence », in *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans Van Loon*, Intersentia, Antwerp, 2013, pp. 529-540

SNYDER H. Steven, BYRN Mary Patricia, « The Use of Prebirth Parentage Orders in Surrogacy Proceedings », *Fam. L.Q.* 2005-2006, pp. 633-662

SNYDER Steven, « United States », in Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (sous la dir. de), International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2013, pp. 387-396

STALFORD Helen, « Concepts of Family under EU Law-Lessons From the ECHR », *International Journal of Law, Policy and the Family* 2002, pp. 410-434

STANIVUKOVIĆ Maja, « Yugoslavian private international law at the end of the 20th century : Progress or regress ? », in *Le droit international privé à la fin du XXème siècle : progrès ou recul ?* (éd. Symeonides C. Symeon), XVe Congrès international de droit comparé qui a eu lieu à Bristol, au Royaume-Uni en juillet 1998, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, pp. 461-478

STRUYCKEN V.M. A. (Teun), « Surrogacy, A New Way to Become a Mother ? A New PIL Issue », in BOELE-WOELKI K., EINHORN T., GIRSBERGER D. & SYMEONIDES S. (sous la dir. de), *Convergence and Divergence in Private International Law-Liber Amicorum Kurt Siehr,* Eleven International Publishing, The Hague, 2010, pp. 357-372

SWENNEN Frederik, « Atypical families in EU (private international) family law », in Johan MEEUSEN, Marta PERTEGÁS, Gert STRAETMANS, Frederik SWENNEN (sous la dir. de), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 389-423

SYMEONIDES C. Symeon, « Choice of Law in the American Courts in 2007: Twenty-First Annual Survey », 56 *Am.J.Comp.L.* 2008, pp. 243-320

THEIS Lucy, GAMBLE Natalie, GHEVAERT Louisa, « Re X and Y (Foreign surrogacy) : 'A trek through a thorn forest' », *Fam. Law* mars 2009, pp. 239-243.

TOBIN John, « Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?, *I.C.L.Q.* 2014, pp. 317-352

TRIMMINGS Katarina, BEAUMONT Paul, « International Surrogacy Arrangements : An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level », Journal of Priv. Int'l L, Vol. 7 No. 3, décembre 2011, pp. 629-647

TRIMMINGS Katarina, « The Interface between Maintenance and Cross-Border Surrogacy », in Paul BEAUMONT, Burkhard HESS, Lara WALKER, Stefanie SPANCKEN (sous la dir. de), *The Recovery of Maintenance in the EU and worldwide*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2014, pp. 261-272

TSIKRIKAS Dimitrios, « Greece : Chapter 2 : Recognition and Enforcement of Judgments » in *VERSCHRAEGEN B.* (sous la dir. de), *Private International Law*, in *R. Blanpains' International Encyclopaedia of Laws*, Suppl. 22 (juin 2009), pp. 153-155

VAN BEERS C. Britta, « Is Europe "Giving in to Baby Markets?" Reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets », *Medical Law Review* 2015, p. 103-134,

VAN DEN EECKHOUT Veerle, « Promoting Human Rights within the Union : The Role of European Private International Law », *European Law Journal*, vol. 14-n°1, 2008, pp. 105-127.

VON DADELSZEN Paul, « International surrogacy in New Zealand », *International Family Law Journal* 2015, pp. 110-111

VERHELLEN Jinske, « Intercountry surrogacy : a comment on recent Belgian cases », *NjPR* 2011, σελ. 657-662

VIDALIS Takis, « Regulating Assisted Reproduction in the EU: Time for a new Directive? », *J.I.B.L.*, Vol 04 I 2007, pp. 12-15

VIDALIS Takis, Surrogacy and Reproductive Tourism, in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 169-173

VONK Machteld, « The role of formalised and non-formalised intentions in legal parent-child relationships in dutch law », in BOELE-WELKI Katharina (sous la dir. de), *Debates in family law around the globe at the dawn of the 21st century,* CEFL, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2009, pp. 171-195

VRELLIS Spyridon, « The ordre public clause in the Greek case law on adoption », *RHDI* 2011, pp. 157-172

WALD H. Deborah, « The Parentage Puzzle Revisited : Determining Legal Parentage in the 21st Century », texte de communication effectuée lors du colloque de la section du droit de la famille de l'*American Bar Association*, qui a eu lieu du 12 au 14 mai 2016, aux Bahamas, [non publié].

SYMEONIDES C. Symeon, « Choice of Law in the American Courts in 2007: Twenty-First Annual Survey », 56 *Am. J. Comp. L.* 2008, pp. 243-319

3. Bibliographie grecque

AGALLOPOULOU Ch. Penelope, KOUTSOURADIS G. Achille, Assistance médicale à la procréation humaine, L. n°3089/2002, Travaux préparatoires-Discussions parlémentaires, Maison d'éditions Sakkoula, Athènes-Thessalonique, 2004s

FILIOS Pavlos, *Droit de la famille*, 3ème éd., Maison d'éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 2009

FOUNTEDAKI Katerina, Commentaire du Code civil Georgiadi-Stathopoulou, t. VII, articles 1465, Athènes, 2007, pp. 711-741

FOUNTEDAKI Ekaterini, Articles 51 et suiv. in A Georgiades (ed), *Interprétation concise du Code civil grec*, vol. I, articles 1-946, pp. 120-124, Athènes, P N Sakkoulas, 2010

GAZIS A. Andreas, « Problèmes du nouveau droit de la famille », *NoV* 1983, pp. 913-926, 1089-1109, 1287-1303, 1457-1466

GESIOU-FALTSI Pelagia, « Questions relatives à la reconnaissance de la chose jugée des décisions étrangères en matière de paternité – Quand est-ce qu'il existe une contrariété à l'ordre public international substantielle et procédurale », *ChrID* 2013, pp. 219-229

GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, VASSILAKAKIS Evagelos, *Droit international privé*, 4ème éd., Maison d'éditions SAKKOULAS], 2010

KALAVROS Grigoris-Evagelos, « Quelques réflexions sur le nouveau droit international de la famille », *EllDni* 1984, pp. 29-39

KEKE Maria, VASSILAKAKIS Evangelos, *Droit procédural international*, *jurisprudence commentée*, Nomiki Vivliothiki, Athènes, 2008

KOUMOUTZIS P. Nicos « L'établissement de la filiation avec le père après la Loi 3089/2002 », *ChrID* 2003, pp. 498-512

KOYMOUTZIS Nikos, Commentaire du Code civil Georgiadi-Stathopoulou, t. VII, articles 1457-1458, Maison d'éditions Dikeo & Economia, P.N. Sakkoula, Athènes, 2007

KOUNOUGERI-MANOLEDAKI Efi, Fertilisation artificielle et droit de la famille, la législation spéciale grecque : Lois 3083/2002 et 3305/2005, 2ème éd., Éditions SAKKOULA, Athènes-Thessalonique, 2005[en grec].

KOUNOUGERI-MANOLEDAKI Efie, *Droit de la famille*, t. II, 4ème éd., Éd. Sakkoulas, Athènes-Théssalonique, 2008

KOUTSOURADIS G. Achilles, « Questions relatives à la gestation pour autrui spécialement après l'adoption de la loi no 3305/2005 » *NoV* 2006, pp. 337 et seq.

METALLINOS A. Spyridon, « L'influence de la nouvelle constitution sur le droit international privé », *NoV* 23 pp. 1304-1306

METALLINOS Alexandros, articles 3-33 Code civil, in GEORGIADIS Apostolos (sous la dir. de), Interprétation abrégée du Code civil, Maison d'éditions P.N. Sakkoulas, Athènes

NIKOLOPOULOS D. Panayiotis, « Questions du statut juridique des gamètes cryoconservés, des ovules fertilisés ainsi que de la création de la famille monoparentale par le biais de la procréation médicalement assistée », in *Hommages à Apostolos S. Georgiades*, t. I, Éd. Ant. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 2006, pp. 557-574

PANOPOULOS George, « Le droit applicable à l'adoption, Vers une abolition jurisprudentielle de l'article 23 §1, Des réflexions à l'occasion de la décision du TGI de Syros 19ΕΠ/2006 », *NoV* 2007, pp. 2242-2253

PAPACHRISTOU C. Athanassios, *Droit de la famille*, 4ème éd., Éd. P. N. Sakkoula/Droit et Économie, Athènes, 2014

PAPASIOPI-PASSIA Zoé, « Des obstacles à la personne de l'adopté et loi applicable à l'institution de l'adoption selon les règles de conflit grecques », *Arm* 59, 2005, pp. 1188-1189

RAVDAS Pantelis, « Maternité de substitution : Les attentes du législateur face au défi des données statitistiques » in Athanasios C. PAPACHRISTOU, Efie KOUNOUGERI-MANOLEDAKI (sous la dir. de), Droit de la famille au 21ème siècle, des changements incidents à des changements structurels, Athènes-Thessaloniki, Sakkoulas, 2012, p. 67, et seq. [en grec]

ROUKOUNAS Emmanouel, Protection internationale des droits de l'homme, Librairie d'Hestia [en grec], Athènes, 1995

SKORINI-PAPARIGOPOULOU Foni, *Commentaire du Code civil Georgiadi-Stathopoulou*, t. VII, articles 1455-1456, Droit et Économie-P. N. Sakkoula, Athènes, 2007, pp. 550-582

TSOUCA Chryssa, « Le statut personnel comme objet de réglementation internationale », in TSOUCA Chrysa (sous la dir. de), *Droit international de la famille*, NOMIKI VIVLIOTHIKI, Athènes, 2016, pp. 427-475

VASSILAKAKIS Evangelos, GRAMMATICAKI-ALEXIOU Anastasia, PAPASIOPI-PASIA Zoé, Droit international privé, 4ème éd., [en grec], Thessalonique, 2010

VATHRAKOKILIS Vassilis, *ERNOMAK, Interprétation—Jurisprudence relative au Code civil, arts 1-286, vol. A΄, Principes Généraux*, Athènes, 2001, pp. 255-261 [en grec]

VIDALIS Takis, *Vie sans visage. La Constitution et l'utilisation du matériel génétique humain*, 2ème éd., Ant N Sakkoulas, Athènes-Komotini, 2003, pp. 124- 125 [en grec].

VOULGARIS Ioannis, « Questions concernant le droit international de famille grec, notamment après sa dernière modification par la loi 2447/1997 », *NoV* 2000, p. 401-416 [en grec].

VRELLIS Spyridon, *Droit international privé*, Nomiki Vivliothiki, Athènes, 2008

4. Autres documents

Communiqué de presse portant sur « Les difficultés liées à la maternité de substitution à caractère international au programme de travail de la Conférence de La Haye » consulté dans
http://www.hcch.net/index_fr.php?act=events.details&year=2011&varevent=216&zoek=maternit%E9%20de%20substitution dernière visite le 12.10.2016

Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution, doc. prél. No 3 B d'avril 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence

Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, doc. prél. No 3 C de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, pp. 40-41, nos 74-75 : <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03c_fr.pdf> dernière visite le 12.10.2016.

Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international », mars 2011, p. 25, n° 54 sur : http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf dernière visite le 08/09/2012.

Family Law, Informations on the rules, Regeringskansliet, éd. révisée de 2013, p. 32 ; consultable dans: < http://www.government.se/contentassets/1e0263a0318e47b4b8515b535925941b/family-law > dernière visite 12.10.2016

Le document préliminaire du mars 2011 établie par le Bureau Permanent portant sur les « Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international » [n° 54] dans : http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf dernière visite le 12.10.2016

Les documents de travail du Sénat, *La gestation par autrui*, Étude de Législation Comparée n° 182, Série Législation Comparée, Janvier 2008, pp. 1-41 consultable sur le site du sénat : http://www.senat.fr/noticerap/2007/lc182-notice.html dernière visite le 12.10.2016

Les documents de travail du Sénat, *L'Homoparentalité*, Étude de Législation Comparée n° LC 100, Série Législation Comparée, Janvier 2002, pp. 1-20 consultable sur le site du sénat : http://www.senat.fr/noticerap/2007/lc182-notice.html dernière visite le 12.10.2016

Position du Groupe européen de droit international privé sur la solution des conflits positifs de nationalités dans les instruments existants de droit international privé de l'Union européenne ; 23ème réunion Lausanne, 20 - 22 septembre 2013

5. TEXTES OFFICIELS

5.1. Textes européens

Directive 64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique

Directive 2004/38/CE du 24 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 675

Directive n° 68/360 C.E. du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États-membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil « visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012, 24.4.2013, COM(2013) 228 final

Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) nº 1024/2012

5.2. Angleterre

Surrogacy Arrangement Act, 1985

Human Fertilisation and Embryology Act, 1990

Human Fertilisation and Embryology Act, 2008

5.3. France

Code de la santé publique, art. L. 2153-1 et suivant(s)
-art. L. 2141-1 et suivant(s), L. 2162-1 et suivant(s) et R. 2141-1 et suivant(s) : Objet et mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation

Nouveau code de procédure civile, art. 1157-2 et suivant(s) : Procédure de consentement à l'assistance médicale à la procréation :

Réponse du ministre (JO déb. Ass. nat., Questions, 1er mai 2012) : Procréation médicalement assistée – Contournement de la loi française

Loi nº 824 du 12 octobre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle

5.4. Grèce

Loi 2447/1996 du 30 décembre 1996 sur l' « adoption, tutelle et prise en charge de mineurs, assistance judiciaire, diligence judiciaire des affaires étrangères et dispositions relatives matérielles, procédurales et transitoires », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 617, obs. PAMBOUKIS Charalambos

Loi 3089/2002 relative à l'assistance médicale à la procréation, *JO* A'327/23.12.2002.

Loi 3305/2005 portant sur la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation

6. Table des décisions citées (par ordre chronologique)

6.1. CJCE

CJCE, 30 mars 1993, Christos Konstantinidis c. 1) Stadt Altensteig – Standesamt et 2) Landratsamt Calw – Ordnungsamt,, aff. C-168/91.

CJCE, 2 décembre 1997, *Eftalia Dafeki et Landesvericherungsanstalt* Württemberg, aff. C-336/94

CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. National Health Service Pensions Agency*, aff. C-117/01.

CJCE, *Garcia Avello*, 2 octobre 2003, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 184, note P. Lagarde

CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99

CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, Aff. 168/91

6.2. CEDH

Commission européenne des droits de l'Homme, *CJK, AMH et SH* c. *Pays-Bas*, req. n° 15666/89

CEDH, 11 juillet 2002, Goodwin c/Royaume Uni, req. n° 28957/95

CEDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, req. n° 21830/93

CEDH, *Monique, Oriane et Lilian HUSSIN c. Belgique*, 6 mai 2004, n° 70807/01

CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01

CEDH, *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, n° 25951/2007, note DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant du concubin homosexuel et au « tourisme procréatife » », *D.* 2012, pp. 1241-1245

CEDH, 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannissis* c. *Grèce*, requête n° 56759/08.

CEDH, 26 juin 2014, *Mennessson* c. *France* et *Labbassée* c. *France*, req. n°65192/11, n°65941/11 ; GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation : panorama janvier 2015-janvier 2016 », *D.* 2016, pp. 857-863, spéc. pp. 858-862 et ci-dessous dans le chapitre 6, *id.*, pp. 1056-1069, obs. GAUDEMET-TALLON Hélène, JAULT-SESEKE Fabienne ; FULCHIRON Hugues, « Gestation pour autrui (statut des enfants) : position du Tribunal supremo espagnol », *D.* 2015, p. 626 ; FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regards prospectifs sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.* 2015, pp. 1773-1782 ; FARGE Michel, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *RDLF* 2014, chron. n°21 <www.revuedlf.com> dernière visite le 12.10.2016

CEDH, 8 juillet 2014, *D. et autres c. Belgique*, req. n° 29176/13

CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, req. n° 25358/12

CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon* et *Bouvet c. France*, req. nos 9063/14 et 10410/14 ; *D.* 2016, p. 1648 ; *JCP* 2016, pp. 1727-1728, note FAVIER Yann.

CEDH, 9 juin, 2016, *Chapin et Charpentier*, n° 40183/07 ; *JCP* 2016, p. 1307, note SUDRE Frédéric.

CEDH, Grande chambre, 16 décembre 2010, *A.B.C. c. Irlande*, req. n° 25579/05

6.3. Angleterre

R Q. (Parental Order) 1996, *Fam. Law*, p. 206. Fam. D.

U. v. *W.* (attorney general intervening), 3 *W.L.R.*, 1997, 739

Evans v. *Amicus Healthcare Trust*, 2004 3 *ALL E.R.* 125 (C.A.)

Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v *A*, [2003], EWHC 259 (QB), [2003] 1 *FLR* 1091

Re M (Sperm Donor Father), 2003, *Fam. Law*, 94

Re G (Surrogacy: Foreign Domicile) [2007] EWHC 2814 (Fam) consultable sur: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed984>; dernière visite 12.10.2016

Re G (Surrogacy : Foreign Domicile) [2007], EWHC 2814 (Fam) ; Howe Darren, «International Surrogacy-A Cautionary Tale », *Fam.Law*, January 2008, pp. 60-63.

L. v. Human Fertilisation and Embryology Authority and Secretary of State for Health [2008] EWHC 2149 (Fam), avril 2009, *Fam. Law*, pp. 287-288, note par DOUGLAS Gillian

Re X & *Y (Foreign Surrogacy)*, [2008] EWHC 3030 (Fam), spéc. n° 8; consultable sur: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed28706> dernière visite 01.08.2015

Re X and Y (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam), 1 FLR [2009],pp. 733-745; note par BRIDGE Caroline, *Fam. Law*, fevrier 2009, pp.115-116; note par THEIS Lucy, GAMBLE Natalie, GHEVAERT Louisa, « *Re X* and *Y* (Foreign surrogacy): 'A trek through a thorn forest' », *Fam. Law*. mars 2009, pp. 239-243

In re Z (A Child) (Surrogate Father: Parental Order) [2015] *EWFC* 73, [2015] 1 *WLR* 4993

6.4. Canada

Cour suprême

Reference re Assisted Human Reproduction Act 2010 SCC 61, 22.12.2010

Manitoba :

J.C. c./ *Manitoba,* [2000] M.J. No. 482 (Q.B.) cité in Rivard Glenn/Hunter Judy, *The Law of ASSISTED HUMAN REPRODUCTION*, LexisNexis /Butterworths, Ontario, 2005, p.155, note 15.

Ontario :

A.A. c. B.B. ; DE LA VIOLETTE Nicole, « Dad, Mom- and Mom : The Ontario Court of Appeal's Decision in *A.A. v. B.B.* », *R. du B. can.*, vol. 86, 2007, pp. 665-689

6.5. États-Unis

Cour suprême

Windsor v. *United States,* 570 U.S. _ (*more*) 133 S.Ct. 2675; 186 L.Ed.2d 808

James Obergefell, et al., Petitioners v. *Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, 576 U.S. _ (June 26, 2015)

Californie :

Jhordan C. c./ Mary K., 179 Cal.App.3d 386 (1986)

North Coast Women's Care Medical Group, Inc. v. Superior Court, 189 P.3d 959 (Cal. 2008)

Benitez v. *North Coast Women's Care Med Group, Inc*, 106 Cal. App. 4th 978 (Cal. Ct App. 2003)

MillerJenkins v.MillerJenkins, 2006 VT 78 (August 4, 2006)

Rice v. *Flynn*, 2005 Ohio 4667; 2005 Ohio App. LEXIS 4205 (September 7, 2005)

Arredondo c. *Nodelman* [622 N.Y.S.2d 181 (Sup. Ct. 1994)

Baby M case, 217 N.J. Super. 313,525 A. 2d 1128 (Ch. Div. 1987); « Baby M case », 119 *N.J.L.J.*, Index page, 653

aff'd in part and rev'd in part, 109, N.J. 396, 537 A. 2d 1227, (1988)

6.6. France

Civ. 1re, 13 déc. 1989, *D.* 1990, Jur., p. 273, rapp. J. Massip ; *RTD civ.* 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi; *JCP*, 1990, II, 21526, note Sériaux; *Defrénois*, 1990, p. 745, note Aubert

Cass. Civ. 31 mai 1991, *J.T.*, 1991, 77 ; note par X. Dijon et J. Pol Masson ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11ème éd., 2000, n° 49 ; *D.*, 1991, Jur., p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *RTD civ.*, 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *JCP*, 1991, II, 21752, comm. Bernard, concl. Dontewille, note Terré ; *Defrénois*, 1991, p. 1267, obs. Aubert ; *LPA*, 23 oct. 1991, n°127, p. 4, note Gobert

Cass.ass.plén., 11 déc. 1992, *Bull. ass. plén.*, n°13 ; *D.*, 1993, IR, p. 1 ;*RTD civ.*, 1993, p. 97, obs. J. Hauser ; *JCP* 1993, II, 21991, concl. Jeol, note Ménetau ; *Gaz. Pal.* 1993, 1, p. 180, concl. Jeol ; *Defrénois* 1993, p. 431, note Massip ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, n°22-23

Civ., 16 juillet 1993,*Clunet*, 1993, 133, note ANCEL Bertrand

Civ., 29 juin 1994, *JCP* 1995, II, 22362, not J. Rubellin-Devichi ; *D.*, Jur., pp.581-582, note Chartier Yves

Civ. 1re, 9 janvier 1996, *dame Pires*, *Bull. civ.* I, n°21, *D.*, 1996, p. 376, n. F. Dreifuss-Netter ; *JCP* G, 1996, II, 22666, n. Cl. Neirick ; *Defrénois*, 1996, art. 36300, obs. J. Massip ; *RTD civ.*, 1996, p. 359, obs. J. Hauser

Civ. 1re., 24 sept. 2002 ; Épx A. c/Proc.Rép.près TGI Nanterre ; BOURDELOIS Béatrice, note sous *Rev. crit. DIP* 2003, pp. 271-285 et spéc. p. 280, n° 11

Civ. 1re , 23 avr. 2003, *JCP*, 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN

Civ., 9 décembre 2003, *Dalloz*, 2004, jurispr. 1998, note E. Poisson-Drocourt

Civ., 1re, 23 avril 2003, *JCP*, 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN

Civ. 1re, 20 février 2007, *Defrénois*, 2007, art. 38595, n°45, obs. MASSIP Jacques

Civ., 1re 17 déc. 2008, n° 07-20.468, FS-P+B+I.-X. c/Y. ;note BOLLÉE Sylvain, *J.D.I.,* 2009, pp. 577-586.

Civ. 1re, 8 juillet 2010, n° 08-21.740 : *JurisData N° 2010-011438 ; JDI* 2011, pp. 119-124, comm. 4 note BOLLÉE Sylvain ; *JCP G* 2010, act. 809, obs. A. Devers ; *JCP G* 2010, note 1173, H. Fulchiron ; *dr. Famille* octobre 2010, comm. 156, pp. 42-45, note FARGE Michel ; *Rev. crit. DIP* 2010, pp. 747-761, note HAMMJE Petra

Civ 1re, 6 avril 2011, 10-19.053 (n° 370 FP-P+B+R+I) –Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, 18 mars 2010 ; 09-66.486 –(n° 369 FP-P+B+R+I) – attaquée : Cour d'appel de Paris, (1re ch. C), 26 févr. 2009 (Rejet) ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722-742, note HAMMJE Petra

Civ. 1re, 6 avril 2011, 09-17.130 (n° 371 FP-P+B+R+I) – Décision attaquée : Cour d'appel de Douai (ch. 1), 14 sept. 2009 (Rejet); v. sur ces décisions BERTHIAU Dominique, BRUNET Laurence, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D* 2011, pp. 1522- 1529 ; *D.* 2011, édito F. ROME, 1064, entretien X. LABBÉE, 1585, spéc. 1587, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, 1995, obs. A. GOUTTENOIRE, et 2012, 308, obs. J.-C. GALLOUX ; *AJ fam.* 2011, 262, obs. F. CHÉNÉDÉ, 265, obs. B. HAFTEL, et 266, interview M. DOMINGO ; *RTD civ.* 2011, 340, obs. J. HAUSER) : *D. 2012,* panorama Droit de la Filiation par GRANET-LAMBRECTHS Fr., pp. 1432-1439, spéc. p. 1436.

Civ. 1re, 26 oct. 2011, n° 09.71.369, FS-P+B+I-JurisData n° 2011-023353 ; *JDI* 2012, note GUILLAUMÉ Johanna, pp. 176-186

Civ, 1re, 26 oct. 2011, n° 10-19.905 –JurisData n°2011-023344 ; *JDI* 2012, note CHALAS Christelle, pp. 939-950 (: *Convention de La Haye.-Autorité parentale. –Résidence habituelle – Enlèvement international- Enfant en gestation – Déplacement in utero*)

Civ., 1re 7 juin 2012, n° 11-30.262, FP P+B+I+R : Juris-Data n° 2012-011937 ; civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261, FP P+B+I+R : Juris-Data n° 2012-011952; D. 2012, p. 1546, obs. GALLMEISTER Inés ; CHÉNEDÉ François, «Du nouveau en matière d'adoption internationale par des concubins homosexuels », JCP 2012, pp. 1439-1442 ; Avis de PETIT Cécile, premier avocat général, sur Cass. 1re civ., 7 juin 2012, JCP 2012, pp.

1432-1435 ; D'AVOUT Louis, « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », D 2012, pp. 1973-1974

Civ. 1re, 13 septembre 2013, n° 12-30.138, (n° 1091 FP-P+B+I+R)- Cassation,) n° 12-18.135 (n° 1092 FP-P+B+I+R) ; *D.* 2013, GALLMEISTER I., p. 2170 ; MIRCOVIC Aude, « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », *JCP* 2013, pp. 1731-1733

Cass., avis n° 15011 et n° 15010, 22 sept. 2014, n° 14-70.006 (n° 15011) et n° 14-70.007 (n° 15010), *D.* 2014, p. 1876, obs. DIONISI-PEYRUSSE Amélie ; LÉROYER Anne-Marie, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014, pp. 2031-2036 ; *AJ fam.* 2014, p. 555, et p. 523, obs. DIONISI-PEYRUSSE Amélie ; BRUNET Laurence, « La Cour de cassation valide l'adoption, par la conjointe de la mère biologique, de l'enfant né d'un don de sperme à l'étranger », *RDSS* 2014, pp. 1145 *et seq.*

Civ., 1re, 28 janvier 2015, n° 13-50.059; *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 402-406, obs. BODEN Didier, pp. 406-409, obs. HAMMJE Petra, pp. 409-412, obs. DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal ; *id.*GANNAGÉ Léna, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP* 2015, pp. 525-529 ; *Clunet* 2015, note par GUILLAUMÉ Johanna, GODECHOT-PATRIS Sara, pp. 597-613; *D.* 2015 ; FULCHIRON Hugues, « Le « mariage pour tous est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015, pp. 464-469 GAUDEMET-TALLON Hélène, JAULT-SESEKE Fabienne, pp. 1056-1069 ; DEVERS Alain, FARGE Michel, « Mariage homosexuel franco-marocain : contradiction entre les motifs et le communiqué de la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2015-3, pp. 66-69 ; *RTD civ.* 2015, pp. 359-360, note HAUSER Jean ; USUNIER Laurence, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *RTD civ.* 2015, pp. 343-348

Cass. ass. plen. 3 juillet 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323 ; *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 885-890, note GALLANT Estelle ; *Dr. fam.* 2015, no 9, pp. 1-2, note par BINET Jean-René ; GOUTTENOIRE Adeline, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement *a minima* », *JCP G.* 2015, pp. 1614-1617 ; *RTD civ.* 2015, pp. 581-583, note HAUSER Jean ; FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.* 2015, pp. 1819-1826 ; SINDRES David, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.* 2015, pp. 1773-1774 ; *JDI* 2016, p. 105, note par GUILLAUMÉ Johanna ; BOLLÉE Sylvain, « Gestation pour autrui : la voie du compromis », *D.* 2015, p. 1481 ; FULLI-LEMAIRE Samuel, « International Surrogate Motherhood before the French Cour de cassation – The Doors now ajar, *Judgments of the French Cour de cassation of 3 July 2015* », *ZEuP* 2016 (à paraître) ; HILGER Geoffroy, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger après les arrêts du 3 juillet 2015 de l'Assemblée plénière », *Les Petites Affiches* 17 juillet 2015, n° 142; FRISON-ROCHE Marie-Anne « La compréhension des arrêts du 3 juillet 2015 par leur lecture politique », *Les Petites Affiches* 08/10/2015, n° 201, pp. 10-13 ; REIN-LESCASTEREYRES Isabelle, « Premiers arrêts de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui depuis les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014 », *Gaz. Pal.* 07.10.2015, n° 279, pp. 42-43

Paris, 1re Ch., 15 juin 1990, Mme Monique Bernard-Catat, substitut du procureur général-Dame D.T., épouse M., et Cass. civ., 31 mai 1991, *Rev. crit DIP* 1991, 711, note

LABRUSSE-RIOU Catherine *J.D.I.*, 1990, pp. 982-994, note par Gaudemet-Tallon Hélène ; *D.*, 1990, pp. 540-544, note par BOULANGER François

Paris (1re CH., SECT. C), 25 octobre 2007, *Gaz. pal.*, nos 27-29,128ème année, 27 -29 janvier 2008, pp. 20-28, note Geouffre de la Pradelle (de) Géraud ; *J.D.I.*, 2008, note par CUNIBERTI Gilles, pp. 146-153

Paris, 1er février 2001, *RTD civ.*, 2001, p. 347, Hauser Jean

Paris, 26 février 2009, *JCP* 2009, 22 juin 2009,

Paris, 10 mars 2010, n° 09/11017 ; CA Paris, 18 mars 2010, *D* 2010, note par DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, pp. 1683-1687

Paris, 24 février 2011, n° 10/08810 et n° 10/08848 : *JurisData n° 2011-004062 ; JurisData n° 2011-004061 ; Dr.famille* 2011, comm. 87, note par FARGE Michel

Paris, 17 mars 2011, n°10/09648, *D.* 2012, 308, spéc. 320, obs. J.-C. GALLOUX Jean-Christophe ; *D. 2012,* panorama Droit de la Filiation par GRANET-LAMBRECTHS Fr., pp. 1432-1439, spéc. p. 1436

Rennes, 4 juillet 2002 ; X, *JCP*, éd. G., I 101, pp. 17-18, note RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline ; *Juris-Data* n° 2002-191286 ; *D.*, 2002, *jurispr.*, p. 2902, note GRANET Frédérique; *Dr. fam.*, 2002, 142, obs. MURAT Pierre

Rennes, 21 février 2012, n° 11/02758, *D.* 2012, p. 878, note MIRCOVIC Aude ; *D.* 2012, panorama Droit de la Filiation par GRANET-LAMBRECTHS Fr., pp. 1432-1439, spéc. p. 1436 ; *AJ fam.* 2012, 226, obs. SIFFREIN-BLANC Caroline ; *JCP* 2012, p. 593, MARAIS Astrid

Rennes, 10 janvier 2012, n°11/01846 ; *D.* 2012, panorama Droit de la Filiation par GRANET-LAMBRECTHS Fr., pp. 1432-1439, spéc. p. 1436.

Pau, 19 février 1991, *D.*, 1991, Jur., p.380, note V. Larribau-Terneyre ; *D.*, 1992, *Somm.*, p. 59, obs. Dekeuwer-Defossez F. ;

TGI Aix en Provence, 5 décembre 1984, *JCP*, 1986, II, 20562, 2ème espèce, note BOULANGER François

TGI De Créteil, 30 septembre 2004, (DrPénal_GPA) *Dalloz,* 2005, p. 476, note V. Depadt-Sebag

TGI de Lille, 22 mars 2007, *D.*, 2007, n° 18, pp. 1251-1255, note Xavier Labbée

TGI Nantes, 10 février 2011, n° 10/06276, *Dr.fam.* 2011, Comm 111, obs. C. NEIRINCK) : *D.* 2012, panorama Droit de la Filiation par GRANET-LAMBRECTHS Fr., pp. 1432-1439, spéc. p. 1436

TGI de Lille, 14 octobre 2013, *Dr. fam.* janvier 2014, comm. 4, pp. 15-16, note NEIRINCK Claire

TGI du Périgoux, 17 mars 1992,*Rev. crit. DIP* 1993, p. 652, note B. Ancel

Juridictions administratives

CE 4 mai 2011, n° 348778, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/Morin*, *D.* 2011, 1347, 1995, obs. A. GOUTTENOIRE, 2012, 308, obs. J.-C. GALLOUX, et 390, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2011, 328, obs. F. MILOUDI ; *RTD civ.* 2011, 530, obs. J. HAUSER) : *D.* 2012, panorama Droit de la Filiation par GRANET-LAMBRECTHS Fr., pp. 1432-1439, spéc. p. 1436

CE 8 juillet 2011, n° 350486, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/Simonet*, D. 2012, 390, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2011, 499, obs. F. MILOUDI) :

CE, 31 mai 2016, n° 396848 ; *JCP* 2016, p. 1727, note BOSSE-PLATIÈRE Hubert ; *D.* 2016, note Marie Christine de MONTECLER, p. 1204 ; FULCHIRON Hugues, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, pp. 1472-1476 ; HAFTEL Bernard, « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit internationale privé », *D.* 2016, pp. 1477-1480 ; SIFFREIN-BLANC Caroline, « Exportation de gamètes à l'étranger, petite brèce pour une insémination *post-mortem* », *AJ fam* 2016, p. 439

CE, 3 août 2016, n° 401924 ; *D.* 2016, note LE MAIGAT Patrice, p. 1700 ; *JCP* 2016, pp. 1726-1727, note FAVIER Yann

TA Paris, réf., 15 novembre 2011, n° 1120046/9, *AJ fam.* 2012, 106, obs. SIFFREIN-BLANC C. ; *D.* 2012, panorama Droit de la Filiation par GRANET-LAMBRECTHS Fr., pp. 1432-1439, spéc. p. 1436.

6.7. Grèce

Cour d'appel

Cour d'appel de Thessalonique, 1438/2005, *base des données Nomos*, n° de référence : (378221) [en grec]

Tribunal de première instance d'Athènes
TPI d'Athènes 2741/05.11.2015 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes 2119/13.07.2015 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes 2535/13.06.2015 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes 3361/17.10.2014 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 219/14.01.2008 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 4837/….2007 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 5387/10.09.2007 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 5305/05.09.2007 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 3871/2007 [non publiée - en grec]

TPI Athènes 5261/31.08.2007 [non publiée - en grec]

TPI Athènes 5146/24.08.2007 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 4175/02.07.2007 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 2994/05.2007 [non publiée - en grec]

TPI Athènes 2064/03.04.2007 [non publiée - en grec]

TPI Athènes 596/30.01.2007 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 5243/13.09.2006 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 5234/12.09.2006 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 5230/12.09.2006 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 4042/03.07.2006 [non publiée - en grec]

TPI Athènes 1484/08.03.2006 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 1079/23.02.2006 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 691/30.01.2006 [non publiée - en grec]

TGI d'Athènes, 921/2005 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 7043/29.12.2005 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 5427/23.09.2005 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 3812/13.09.2005 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 5263/02.09.2005 [non publiée - en grec]

TPI Athènes 4189/29.06.2005 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 3141/13.05.2005 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 2409/12.04.2005 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 1255/23.02.2005 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 27/05.01.2005 [non publiée - en grec]

TPI Athènes 27/05.01.2005 [non publiée - en grec]

TPI Athènes 5246/13.10.2004 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 4878/06.09.2004 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 3305/25.05.2004 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 2977/12.05.2004 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 6662/02.12.2003 [non publiée - en grec]

TPI d'Athènes, 5863/31.10.2003 [non publiée - en grec]

TPI Athènes 5284/27.08.2003 (modifiée par l'arrêt 3812/13.09.2005) [non publiée - en grec]

Tribunal de première instance de Thessalonique
TPI de Thessalonique 976/2013 [non publiée - en grec]

Tribunal de première instance d'Iraklion
TPI d'Iraklion 13/16.01.2012 [non publiée - en grec]

Tribunal de première instance de La Canée
TPI de La Canée, 159/05.04.2012 [non publiée - en grec]

TPI de La Canée, 222/23.05.2011 [non publiée – en grec]

TGI de La Canée 122/2008, *base de données Nomos* ; <www.lawdb.intrasoftnet.com> [en grec]

TGI de La Canée 20/09.10.2008 [non publiée – en grec]

Tribunal de première instance de Dodécanèse
TGI de Dodécanèse, *NoB,* t. 55, 2007, p. 2057 [en grec]

Juge de paix d'Athènes
Juge de paix d'Athènes 87/2014 [non publiée – en grec]

Juge de paix de La Canée
Juge de paix de La Canée 218/2013, *Banque de données Nomos*, n° 597553 [en grec]

Juge de paix de La Canée 243/2013, *Banque de données Nomos*, n° 597554 [en grec]

7. Articles de presse

AHMAD A., « Surrogate Mother who Kept Baby Wins Claim for Support », Bionews 18 avril 2011, consultable sur: <www.bionews.org.uk/page_93040.asp>

BENKIMOUN Paul, « Les députés britanniques autorisent la conception de bébés à partir de trois ADN », Le Monde, 25/02/2015 consultable dans : <http://www.lemonde.fr/medecine/article/2015/02/03/vers-des-bebes-a-trois-adn-au-royaume-uni_4569028_1650718.html> dernière visite : 29.08.2015

BOLLÉE Sylvain, LÉROYER Anne-Marie, PATAUT Étienne, « L'État dans les chambres à coucher », Le HuffPost, 7 mars 2014

CAMPBELL Denis, « Couples who pay surrogate mothers could lose right to raise the child, High court could refuse recognition to people who flout law by paying disproportionate fees to a surrogate mother overseas », Guardian, 05.04.2010 consultable dans: <http://www.guardian.co.uk/uk/2010/apr/05/surrogacy-parents-ivf> dernière visite : 29.07.2015

CHEMIN Anne, « Un début d'assise juridique pour l'homoparentalité », *Le Monde*, 11.01.08

DARUVALA Abi, "Poles Hired as Surrogate Mums in Illegal Trade", The Independent 4 June 1995, www.independent.co.uk/news/world/poles-hired-as-surrogate-mums-in-illegaltrade-1584960.html dernière visite le 12.10.2016

« Demography and desire », *The Economist*, 27 août - 2 septembre 2016, pp. 14-16

DUBUS Arnaud, « GPA : l'embarrassant cas thaïlandais », La Libération, 05.08.2014, consultable dans : <http://www.liberation.fr/monde/2014/08/05/gpa-l-embarrassant-cas-thailandais_1076087> dernière visite le 12.10.2016

DYER Clare, « Diane Blood law victory gives her sons their 'legal' father », The Guardian, 19.09.2003, consultable dans : <http://www.theguardian.com/science/2003/sep/19/genetics.uknews> dernière visite le : 02.08.2015

MILLS J., Triplets make it a grand total of 12 babies for the super-surrogate mother, 25 March 2008, consultable dans : <www.dailymail.co.uk/news/article-543948/Triplets-make-grand-total-12-babies-supersurrogate-mother.html#>; dernière visite: 12.10.2016

CARR R., India to enforce visa restrictions on those seeking surrogacy, Bionews 04.11.2013, no 729, consultable dans < http://www.bionews.org.uk/page_359997.asp?hlight=India+surrogacy>; dernière visite le 12.10.2016

MALLAVAL Catherine, BALLET Virginie, « GPA : le coup d'épée dans l'eau de deux députés de droite », La Libération 21 juin 2016, consultable sur : <http://www.liberation.fr/france/2016/06/21/gpa-le-coup-d-epee-dans-l-eau-de-deux-deputes-de-droite_1461011> dernière visite le 12.12.2016

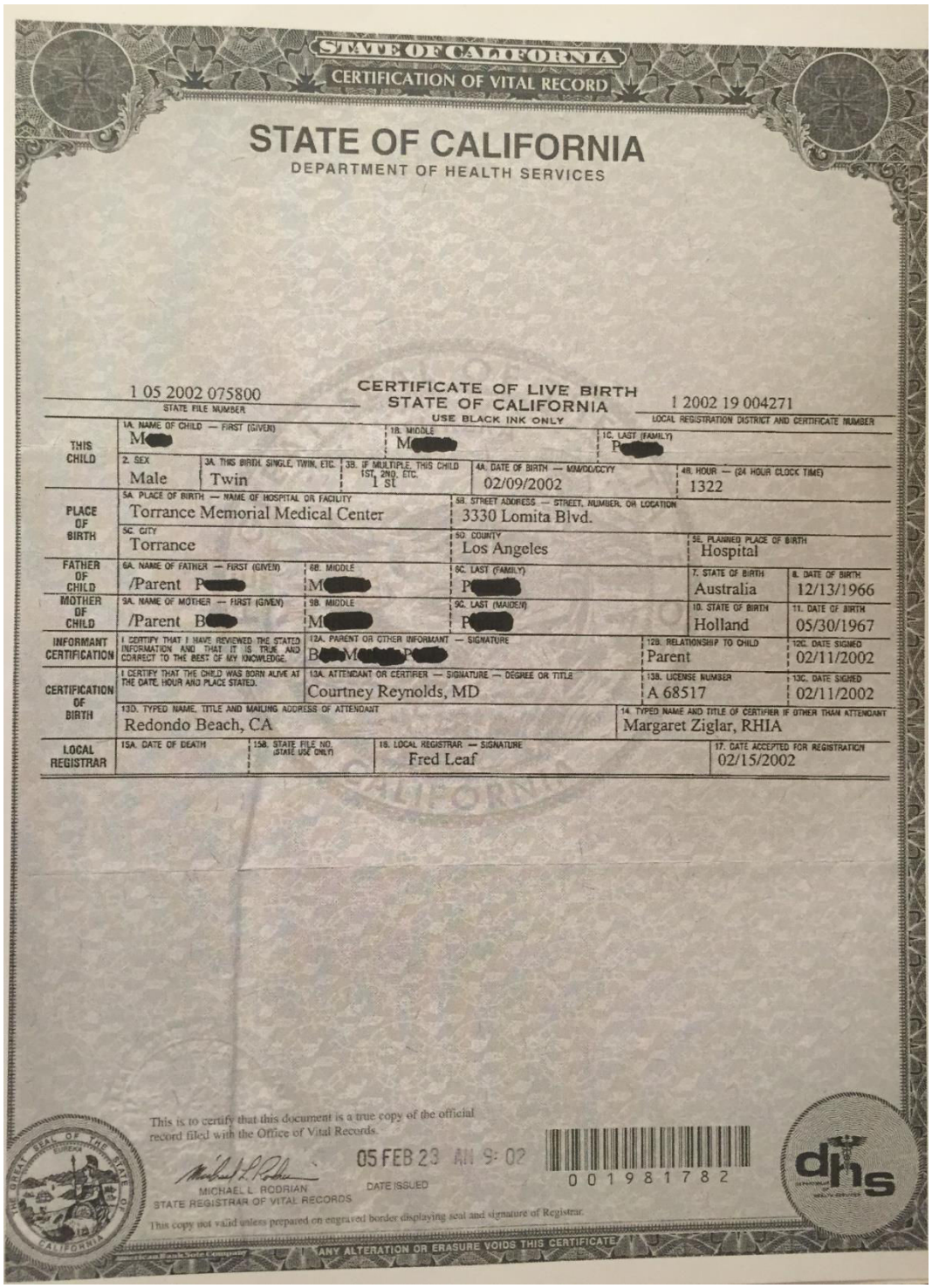
TAYLOR Rosie, ARNOLD Sarah, « Hoping for yet another baby, Britain's most prolific surrogate mother who has given birth to 15 children...and given 13 away », Daily Mail, 15 mars 2015, consultable dans : <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2996312/Hoping-baby-Britain-s-prolific-surrogate-mother-given-birth-15-children-given-13-away.html> dernière visite: 29.07.2015

« Surrogacy in India, The end of paid labour ? », *The Economist*, 3-9 septembre 2016, p. 48

VAUGHN Rich, « Fight for Fertility Services for Wounded Vets Mired in Reproductive Politics », consultable sur : <https://www.iflg.net/fight-fertility-services-wounded-vets-mired-reproductive-politics/> dernière visite le : 12.10.2016

VIGÉRIE Anne, « GPA: priver de tous droits parentaux les acheteurs d'enfants », 03.10.2014, consultable sur : < http://www.huffingtonpost.fr/anne-vigerie/droits-gpa_b_5925738.html> dernière visite le 12.10.2016

ANNEXE Actes de naissance des jumeaux nés à la suite d'une gestation pour autrui en Californie désignant comme parents deux personnes de même sexe



STATE OF CALIFORNIA
CERTIFICATION OF VITAL RECORD

STATE OF CALIFORNIA
DEPARTMENT OF HEALTH SERVICES

1 05 2002 075800
STATE FILE NUMBER

CERTIFICATE OF LIVE BIRTH
STATE OF CALIFORNIA
USE BLACK INK ONLY

1 2002 19 004271
LOCAL REGISTRATION DISTRICT AND CERTIFICATE NUMBER

THIS CHILD	1A. NAME OF CHILD — FIRST (GIVEN) M[redacted]		1B. MIDDLE M[redacted]		1C. LAST (FAMILY) P[redacted]		
	2. SEX Male	3A. THIS BIRTH, SINGLE, TWIN, ETC. Twin	3B. IF MULTIPLE, THIS CHILD 1ST, 2ND, ETC. 1 st	4A. DATE OF BIRTH — MM/DD/CCYY 02/09/2002		4B. HOUR — (24 HOUR CLOCK TIME) 1322	
PLACE OF BIRTH	5A. PLACE OF BIRTH — NAME OF HOSPITAL OR FACILITY Torrance Memorial Medical Center			5B. STREET ADDRESS — STREET, NUMBER, OR LOCATION 3330 Lomita Blvd.			
	5C. CITY Torrance			5D. COUNTY Los Angeles		5E. PLANNED PLACE OF BIRTH Hospital	
FATHER OF CHILD	6A. NAME OF FATHER — FIRST (GIVEN) /Parent P[redacted]		6B. MIDDLE M[redacted]	6C. LAST (FAMILY) P[redacted]		7. STATE OF BIRTH Australia	8. DATE OF BIRTH 12/13/1966
MOTHER OF CHILD	9A. NAME OF MOTHER — FIRST (GIVEN) /Parent B[redacted]		9B. MIDDLE M[redacted]	9C. LAST (MAIDEN) P[redacted]		10. STATE OF BIRTH Holland	11. DATE OF BIRTH 05/30/1967
INFORMANT CERTIFICATION	I CERTIFY THAT I HAVE REVIEWED THE STATED INFORMATION AND THAT IT IS TRUE AND CORRECT TO THE BEST OF MY KNOWLEDGE.		12A. PARENT OR OTHER INFORMANT — SIGNATURE B[redacted] M[redacted] P[redacted]			12B. RELATIONSHIP TO CHILD Parent	12C. DATE SIGNED 02/11/2002
CERTIFICATION OF BIRTH	I CERTIFY THAT THE CHILD WAS BORN ALIVE AT THE DATE, HOUR AND PLACE STATED.		13A. ATTENDANT OR CERTIFIER — SIGNATURE — DEGREE OR TITLE Courtney Reynolds, MD			13B. LICENSE NUMBER A 68517	13C. DATE SIGNED 02/11/2002
	13D. TYPED NAME, TITLE AND MAILING ADDRESS OF ATTENDANT Redondo Beach, CA				14. TYPED NAME AND TITLE OF CERTIFIER IF OTHER THAN ATTENDANT Margaret Ziglar, RHIA		
LOCAL REGISTRAR	15A. DATE OF DEATH	15B. STATE FILE NO. (STATE USE ONLY)	16. LOCAL REGISTRAR — SIGNATURE Fred Leaf			17. DATE ACCEPTED FOR REGISTRATION 02/15/2002	

This is to certify that this document is a true copy of the official record filed with the Office of Vital Records.

05 FEB 23 AM 9:02
DATE ISSUED

MICHAEL L. RODRIAN
STATE REGISTRAR OF VITAL RECORDS

0 0 1 9 8 1 7 8 2

This copy not valid unless prepared on engraved border displaying seal and signature of Registrar.

ANY ALTERATION OR ERASURE VOIDS THIS CERTIFICATE

STATE OF CALIFORNIA
CERTIFICATION OF VITAL RECORD

STATE OF CALIFORNIA
DEPARTMENT OF HEALTH SERVICES

CERTIFICATE OF LIVE BIRTH
STATE OF CALIFORNIA
USE BLACK INK ONLY

1 05 2002 075801
STATE FILE NUMBER

1 2002 19 004272
LOCAL REGISTRATION DISTRICT AND CERTIFICATE NUMBER

THIS CHILD

1A. NAME OF CHILD — FIRST (GIVEN)	1B. MIDDLE	1C. LAST (FAMILY)
Z[redacted]	M[redacted]	P[redacted]

2. SEX	3A. THIS BIRTH, SINGLE, TWIN, ETC.	3B. IF MULTIPLE, THIS CHILD 1ST, 2ND, ETC.	4A. DATE OF BIRTH — MM/DD/CCYY	4B. HOUR — (24 HOUR CLOCK TIME)
Male	Twin	2 nd	02/09/2002	1323

PLACE OF BIRTH

5A. PLACE OF BIRTH — NAME OF HOSPITAL OR FACILITY	5B. STREET ADDRESS — STREET, NUMBER, OR LOCATION	
Torrance Memorial Med. Center	3330 Lomita Blvd.	
5C. CITY	**5D. COUNTY**	**5E. PLANNED PLACE OF BIRTH**
Torrance	Los Angeles	Hospital

FATHER OF CHILD

6A. NAME OF FATHER — FIRST (GIVEN)	6B. MIDDLE	6C. LAST (FAMILY)	7. STATE OF BIRTH	8. DATE OF BIRTH
/Parent P[redacted]	M[redacted]	P[redacted]	Australia	12/13/1966

MOTHER OF CHILD

9A. NAME OF MOTHER — FIRST (GIVEN)	9B. MIDDLE	9C. LAST (MAIDEN)	10. STATE OF BIRTH	11. DATE OF BIRTH
/Parent B[redacted]	M[redacted]	P[redacted]	Holland	05/30/1967

INFORMANT CERTIFICATION

I CERTIFY THAT I HAVE REVIEWED THE STATED INFORMATION AND THAT IT IS TRUE AND CORRECT TO THE BEST OF MY KNOWLEDGE.	12A. PARENT OR OTHER INFORMANT — SIGNATURE	12B. RELATIONSHIP TO CHILD	12C. DATE SIGNED
	B[redacted] M[redacted] P[redacted]	Parent	02/11/2002

CERTIFICATION OF BIRTH

I CERTIFY THAT THE CHILD WAS BORN ALIVE AT THE DATE, HOUR AND PLACE STATED.	13A. ATTENDANT OR CERTIFIER — SIGNATURE — DEGREE OR TITLE	13B. LICENSE NUMBER	13C. DATE SIGNED
	Courtney Reynolds, MD	A 68517	02/11/2002

13D. TYPED NAME, TITLE AND MAILING ADDRESS OF ATTENDANT	14. TYPED NAME AND TITLE OF CERTIFIER IF OTHER THAN ATTENDANT
Redondo Beach, CA	A 68517

LOCAL REGISTRAR

15A. DATE OF DEATH	15B. STATE FILE NO. (STATE USE ONLY)	16. LOCAL REGISTRAR — SIGNATURE	17. DATE ACCEPTED FOR REGISTRATION
		02/11/2002	02/15/2002

This is to certify that this document is a true copy of the official record filed with the Office of Vital Records.

MICHAEL L. RODRIAN
STATE REGISTRAR OF VITAL RECORDS

05 FEB 23 AM 9:02
DATE ISSUED

0019817781

This copy not valid unless prepared on engraved border displaying seal and signature of Registrar.

ANY ALTERATION OR ERASURE VOIDS THIS CERTIFICATE

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE 7
INTRODUCTION 9
I. Remarques introductives 9
II. Précisions terminologiques 14
III. Objectifs de l'étude et les éclairages de la problématique 15
1. Avènement des nouveaux modèles de filiation et divergence des législations 15
2. La prise en considération exceptionnelle de l'extranéité dans les règles en matière d'assistance médicale à la procréation 17
3. Le rôle marginal de la règle de conflit en matière de filiation au moment de l'accès à l'assistance médicale à la procréation 19
4. Valeur localisatrice et aptitude des règles de confit à réaliser les objectifs du droit international privé 21
5. Les enseignements de l'évolution des règles de conflit dans le temps et le retour à la loi du for 23
6. La pluralité nécessaire des méthodes et le rôle du droit substantiel dans la résolution des problèmes de droit international privé 24
7. Les obstacles à la circulation des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation et l'importance de l'institution de l'état civil 26
8. L'influence du droit européen sur la circulation des liens de filiation et sur les méthodes du droit international privé 29
9. Le besoin de renforcement de la motivation appuyant la mise en œuvre de l'exception d'ordre public et l'importance de la coopération entre autorités au sein de l'Union européenne 32
10. L'apport d'une règle matérielle de droit international privé et la reconnaissance indirecte des liens de filiation au stade de la circulation des effets de la filiation 33
PREMIÈRE PARTIE 36
CRÉATION DES FILIATIONS ISSUES D'UNE ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION 36
TITRE I 37
CONDITIONS D'ACCÈS 37
À L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION 37
CHAPITRE 1 39
RÉGLEMENTATION SUBSTANTIELLE DU LIEN DE FILIATION ISSU D'UNE ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION 39
SECTION 1 41
FÉCONDATION ARTIFICIELLE 41
§ 1. Techniques et procédés imitant le modèle de la procréation naturelle 41
A. LES CONDITIONS D'ACCÈS AUX TECHNIQUES 41
1. Le cadre juridique français 41
a. Conditions d'accès 42

b. Conditions de révocation du projet parental. 44
2. Le cadre juridique grec 45
a. Conditions d'accès. 45
b. Conditions de révocation du projet parental. 46
3. Le cadre juridique anglais 47
a. Conditions d'accès 47
b. Conditions de révocation du projet parental. 50
B. LES EFFETS DES TECHNIQUES 50
1. Le cadre juridique français 51
a. Fondements et établissement de la filiation 51
b. Contestation de la filiation 52
2. Le cadre juridique grec 53
a. Fondements et établissement de la filiation 53
b. Contestation de la filiation 55
3. Le cadre juridique anglais 55
a. Fondements et établissement de la filiation 55
b. Contestation de la filiation 58
§ 2. Techniques et procédés dépassant le modèle de la procréation naturelle 59
A. LES CONDITIONS D'ACCÈS AUX TECHNIQUES 59
1. L'ouverture de l'accès aux techniques aux couples de même sexe 60
a. Le cadre juridique québécois. 62
i. Conditions d'accès. 64
ii. Conditions de révocation du projet parental 65
b. Le cadre juridique anglais 65
i. Conditions d'accès. 65
ii. Conditions de révocation du projet parental 65
c. Le cadre juridique belge 66
i. Conditions d'accès. 66
ii. Conditions de révocation du projet parental 67
2. L'ouverture de l'accès à la procréation médicalement assistée post mortem 68
a. Les conditions d'accès en Grèce 68
b. Les conditions d'accès en Angleterre 69
c. Les conditions d'accès en Belgique 71
B. LES EFFETS DES TECHNIQUES 71
1. Les effets de l'accès des couples homosexuels aux techniques d'assistance à la procréation médicalement assistée 71
a. En droit québécois 71
i. Fondements et établissement de la filiation. 71
ii. Contestation de la filiation 77
b. En droit anglais 77
i. Établissement de la filiation 77
ii. Contestation de la filiation 79
c. En droit belge 79
i. Établissement de la filiation 79
ii. Contestation de la filiation 80
2. Les effets de l'accès à des techniques post mortem 81
a. En droit anglais 81
i. Établissement de la filiation 81
ii. Contestation de la filiation 82

b. En droit grec ... 82
i. Établissement de la filiation ... 82
ii. Contestation de la filiation ... 83
c. En droit belge ... 84
i. Établissement de la filiation ... 84
ii. Contestation de la filiation ... 85
SECTION 2 ... 86
LA GESTATION POUR AUTRUI ... 86
§ 1. Les conditions divergentes d'accès à la gestation pour autrui ... 87
A. LA VOIE SUIVIE PAR UN MODÈLE LIBÉRAL ... 87
B. LA VOIE SUIVIE PAR DES MODÈLES RÉGLEMENTÉS ... 88
2. Le cadre juridique grec ... 92
§ 2. Les effets divergents de la gestation pour autrui. ... 94
A. LES EFFETS DANS UN MODÈLE LIBÉRAL ... 94
B. LES EFFETS DANS DES MODÈLES RÉGLEMENTÉS ... 97
1. Le cadre juridique anglais ... 97
2. Le cadre juridique grec ... 98
a. Établissement de la filiation ... 98
b. Contestation de la filiation ... 99
§ 3. Appréciation de la gestation pour autrui ... 100
CONCLUSION DU CHAPITRE ... 102
CHAPITRE 2 ... 105
PRÉPONDÉRANCE DE LA RÉGLEMENTATION SUBSTANTIELLE DANS LES TENTATIVES DE COORDINATION ... 105
SECTION 1 ... 108
TENTATIVES DE COORDINATION AU MOMENT DE L'ACCÈS ... 108
§ 1. Tentatives de coordination par le biais de la délimitation du champ d'application du droit substantiel ... 108
A. EN MATIÈRE DE GESTATION POUR AUTRUI ... 108
1. Le cadre juridique grec ... 109
2. Le cadre juridique anglais ... 109
3. Autres cadres juridiques ... 110
B. DANS LES AUTRES PROCÉDÉS DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ... 111
1. Le cadre juridique anglais ... 112
a. Dispositions à portée extraterritoriale ... 112
b. Limitation de la portée extraterritoriale ... 114
2. Le cadre juridique grec ... 116
3. Le cadre juridique suédois ... 117
C. PAYS PRÉVOYANT L'ACCÈS À LEUR LÉGISLATION SANS LIMITE SPATIALE ... 118
§ 2. Tentatives de coordination par le biais des règles de conflit ... 119
A. RECUL DE LA RÈGLE DE CONFLIT ... 120
1. La problématique d'une règle de conflit unilatérale en matière de la gestation pour autrui ... 120
2. L'application exceptionnelle des règles de conflit de lois grecques dans le cadre des procédures d'autorisation pour une gestation pour autrui. 124
B. PERSISTANCE DE LA RÈGLE DE CONFLIT BILATÉRALE ... 127

1. La bilatéralité dans la réglementation néerlandaise portant sur la procréation médicalement assistée 127
2. La bilatéralité des règles de conflit françaises en matière d'adoptions à la suite d'une procréation médicalement assistée effectuée à l'étranger 128
SECTION 2 130
APPRÉCIATION DES TENTATIVES DE COORDINATION 130
§ 1. Effet de coordination des dispositions intervenant au moment de l'accès et rapport avec le système des règles de conflit de lois 130
A. EFFET COORDINATIF DES DISPOSITIONS EXAMINÉES 131
B. RÈGLES DE DÉLIMITATION ET RÈGLES DE CONFLIT 133
1. Le cadre juridique anglais 134
2. Le cadre juridique grec 137
3. Le cadre juridique suédois 138
4. Le cadre juridique néerlandais 139
§ 2. L'opportunité de règles de délimitation et des tentatives de coordination 140
A. OPPORTUNITÉ DES TENTATIVES DE COORDINATION AU NIVEAU ÉTATIQUE 140
1. Autolimitation de la législation substantielle dans d'autres domaines du droit de la famille 142
a. La délimitation de l'accès à l'adoption. 142
b. La délimitation de l'accès au mariage 144
c. La délimitation de l'accès au Pacs 147
2. L'opportunité d'autolimitation par rapport à la gestation pour autrui 150
3. L'opportunité d'autolimitation par rapport aux autres procédés de procréation médicalement assistée 153
4. L'opportunité d'une autolimitation par le biais d'une règle de conflit ou de la méthode piconienne de la référence à l'ordre juridique compétent. 154
B. OPPORTUNITÉ DE COORDINATION AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE 156
CONCLUSIONS DU CHAPITRE 158
TITRE II 162
RÔLE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AU STADE DE L'ACCÈS 162
CHAPITRE 3 164
ADAPTABILITÉ DES MÉTHODES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN MATIÈRE D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION 164
SECTION 1 166
OBJECTIFS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ À LA LUMIÈRE DE L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION 166
§ 1. Objectifs propres au droit international privé 166
A. OBJECTIFS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 167
1. Le risque de contradiction entre les objectifs généraux de droit international privé 168
2. Objectifs et considérations de droit international privé communes aux ordres juridiques 170
B. LES MÉTHODES AU SERVICE DES OBJECTIFS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 173
1. Le rôle de la règle de conflit 174

2. Le rôle des lois de police 177
3. Le rôle des règles matérielles internationales 178
§ 2. Matérialisation des objectifs du droit international privé 179
A. INFLUENCE DES POSITIONS STRICTES OU LIBÉRALES SUR LES OBJECTIFS 179
1. L'influence des positions strictes 179
2. L'influence des positions libérales 181
B. OBJECTIFS COMMUNS AUX ORDRES JURIDIQUES INDÉPENDAMMENT DU POINT DE VUE ADOPTÉ 182
SECTION 2 184
ADAPTABILITÉ DES MÉCANISMES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AUX OBJECTIFS 184
§ 1. Adaptabilité des mécanismes dans un ordre juridique restrictif 185
A. LE SYSTÈME FRANÇAIS FACE À LA GESTATION POUR AUTRUI 186
1. L'adaptabilité du mécanisme des lois de police 187
2. L'adaptabilité des règles de conflit en matière de filiation 191
3. L'adaptabilité des règles de conflit en matière d'adoption 197
B. LE SYSTÈME GREC FACE À L'ACCÈS DES COUPLES DE MÊME SEXE À LA PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE 201
1. L'adaptabilité du mécanisme des lois de police 202
2. L'adaptabilité des règles de conflit en matière de filiation 204
§ 2. Adaptabilité des mécanismes dans un ordre juridique libéral 209
A. LE SYSTÈME GREC FACE À LA GESTATION POUR AUTRUI 210
1. L'adaptabilité des règles de conflit en matière de filiation 211
2. L'adaptabilité des règles de conflit en matière d'adoption 217
B. LE SYSTÈME FRANÇAIS FACE À L'ACCÈS À LA PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE 219
1. L'adaptabilité des règles de conflit dans le cas du recours à la procréation médicalement assistée par un couple hétérosexuel 220
2. L'adaptabilité des règles de conflit dans le cas du recours à la procréation médicalement assistée par un couple de même sexe 224
CONCLUSION DU CHAPITRE 230
CHAPITRE 4 234
LA RECONSIDÉRATION DES MÉCANISMES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN MATIÈRE D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION 234
SECTION 1 236
LA RECONSIDÉRATION DE LA RÉGLEMENTATION DES RAPPORTS PRIVÉS INTERNATIONAUX SUR LE PLAN NATIONAL 236
§ 1. Nécessités des nouvelles règles de conflit 236
A. RAISONS DE L'ÉVOLUTION DES RÈGLES DE CONFLIT 236
1. L'expérience française 237
2. L'expérience grecque 240
B. RAISONS D'ÉVOLUTION DES RÈGLES DE CONFLIT EN MATIÈRE D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION 242
§ 2. La formulation des règles de conflit et des règles matérielles 248
A. LES RÈGLES DE CONFLIT 248

1. En matière de gestation pour autrui 249
a. La loi personnelle de la mère 250
b. L'application cumulative des lois personnnelles des participants 251
c. L'autonomie de la volonté 253
d. La loi du pays où le centre d'assistance médicale à la procréation est situé 254
e. La loi de la résidence habituelle de l'enfant 256
2. En matière de procréation médicalement assistée 257
a. Raisons de reconsidération des règles de conflit en matière de filiation 258
b. L'application de la loi nationale 259
c. Les mérites de la loi de la résidence habituelle et le retour à la loi du for 261
B. LES RÈGLES MATÉRIELLES 265
1. Dans un ordre juridique restrictif 265
2. Dans un ordre juridique permissif 270
SECTION 2 273
MOYENS DE COORDINATION SUR LE PLAN INTERNATIONAL 273
§ 1. L'uniformisation des règles des conflits de lois 274
A. APPORT DE L'UNIFORMISATION SUR UN PLAN RÉGIONAL 275
1. Apport d'une règle de conflit au sein de l'Union européenne. 275
2. L'orientation des règles de conflit européennes en matière de filiation 278
B. APPORT DE L'UNIFORMISATION SUR UN PLAN INTERNATIONAL 280
§ 2. L'uniformisation des règles matérielles et la création des mécanismes de coopération 282
A. LA COOPÉRATION DES AUTORITÉS 283
1. L'exposé du système 284
2. Appréciation critique du système. 288
B. L'UNIFORMISATION DES RÈGLES MATÉRIELLES 291
1. Uniformisation des règles matérielles du droit de la famille 291
2. Uniformisation des règles techniques de l'assistance médicale à la procréation 292
CONCLUSION DU CHAPITRE 297
Conclusion de la première partie 299
DEUXIÈME PARTIE 300
CIRCULATION DES FILIATIONS ISSUES D'UNE ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION 300
TITRE I 301
LA CIRCULATION DU LIEN DE FILIATION 301
CHAPITRE 5 303
SYSTÈMES DE CIRCULATION DE LIENS DE FILIATION ET OBSTACLES À LA CIRCULATION 303
SECTION 1 305
CIRCULATION DES FILIATIONS ISSUES D'UNE GESTATION POUR AUTRUI 305
§ 1. Circulation d'une filiation en France 306
A. CONDITIONS DE RECONNAISSANCE D'UN LIEN DE FILIATION 307

1. Conditions de reconnaissance d'un lien de filiation établi sans l'intervention d'une autorité judiciaire 307
2. Conditions de reconnaissance d'un lien de filiation établi par décision judiciaire 308
B. CONDITIONS DE CIRCULATION DES ACTES DE NAISSANCE 310
1. Conditions de circulation d'un acte de naissance 310
a. Formalités requises pour la transcription d'un acte d'état civil. 313
b. Conditions de régularité des actes d'état civil établis à l'étranger et rôle de la règle de conflit. 315
2. Contentieux relatif à la transcription d'un acte de naissance 319
a. Présentation du contentieux 321
i. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007 321
ii. L'arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008 323
iii. Les arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011 325
iv. Les arrêts de la Cour de cassation du 13 septembre 2013. 329
v. Le revirement a minima des arrêts du 3 juillet 2015 333
vi. Les arrêts de la Cour d'appel de Rennes du 28 septembre 2015 334
vii. La persistance du contentieux 337
b. Appréciation critique de l'impossibilité de faire établir un lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant 341
i. Le caractère discriminatoire de la solution 341
ii. La création d'une vie familiale de fait et le caractère relatif de l'interdiction des conventions de gestation pour autrui 343
iii. Le lien tenu entre interdiction de la gestation pour autrui et interdiction d'établissement d'un lien de filiation 344
iv. La faiblesse des arguments reposant sur le principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état 345
c. Appréciation critique du refus d'établissement de liens dans un contexte international 346
i. Le caractère imprévisible de l'interdiction pour les affaires à dimension internationale 347
ii. La désignation par la règle de conflit d'une législation autorisant la gestation pour autrui et l'intervention de l'ordre public à son effet atténué 348
iii. L'importance des liens de la situation avec un ordre juridique étranger et la nécessité de leur prise en considération pour la mise en œuvre de l'ordre public 349
iv. Le caractère incertain de la violation du principe d'indisponibilité d'état 351
v. Les considérations liées aux droits de l'Homme et à l'intérêt de l'enfant 353
vi. La volonté d'assurer l'effectivité d'une solution aux contours incertains 354
vii. Les arguments à l'encontre de l'invocation de la fraude à la loi 355
viii. Le laxisme caché de la solution française 357
§ 2. Circulation d'une filiation en Grèce 358
A. CONDITIONS DE RECONNAISSANCE D'UN LIEN DE FILIATION 359

1. Conditions de reconnaissance d'un lien de filiation établi par une décision judiciaire 359
2. Mise en œuvre des conditions dans le cas d'une adoption à la suite d'une gestation pour autrui 362
B. CONDITIONS DE CIRCULATION DES ACTES DE NAISSANCE 363
1. Conditions de circulation d'un acte de naissance 363
2. Mise en œuvre des conditions de circulation d'un acte de naissance. 365
a. Affaires relatives à la transcription d'un acte de naissance 366
b. Appréciation du recours à l'ordre public international 368
SECTION 2 372
CIRCULATION DES FILIATIONS ISSUES D'UNE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE 372
§ 1. La circulation de liens de filiation en Grèce 372
A. L'ORDRE PUBLIC COMME OBSTACLE 373
1. Gestation pour autrui à l'étranger en faveur d'un couple d'hommes 373
2. Procréation médicalement assistée en faveur d'un couple de femmes 379
B. APPRÉCIATION CRITIQUE 381
§ 2. Circulation des liens de filiation en France 384
A. L'ORDRE PUBLIC COMME OBSTACLE 385
1. L'ordre public comme raison de refus d'un lien de filiation créé en faveur d'un couple de même sexe. 385
2. Appréciation critique 387
B. LA FRAUDE COMME OBSTACLE 389
1. La fraude comme raison de refus d'une adoption en faveur d'un couple de même sexe. 390
2. Appréciation critique 392
CONCLUSION DU CHAPITRE 394
CHAPITRE 6 396
DROIT EUROPÉEN ET MÉTHODE : CATALYSEURS DE LA CIRCULATION D'UNE FILIATION 396
SECTION 1 398
LE DROIT EUROPÉEN CATALYSEUR AFFIRMÉ DE LA CIRCULATION 398
§ 1. L'influence directe de la Convention européenne des droits de l'Homme 399
A. AFFIRMATION DE L'INFLUENCE 400
1. Les arrêts Wagner et Negrepontis 400
2. Les arrêts en matière de gestation pour autrui 403
B. LIMITES DE L'INFLUENCE 408
1. Les limites inhérentes au système de la Convention européenne 408
2. Les limites en matière d'assistance médicale à la procréation 411
§ 2. L'influence modérée du droit de l'Union européenne 421
A. AFFIRMATION DE L'INFLUENCE 421
1. L'impact direct en matière de nom 423
2. L'impact indirect en matière d'assistance médicale à la procréation .. 429
B. LIMITES DE L'INFLUENCE 433
1. Les limites inhérentes au système du droit de l'Union européenne ... 433

2. Les limites en matière familiale et en matière d'assistance médicale à la procréation ... 438
SECTION 2 ... 442
LA RECONSIDÉRATION DU SYSTÈME DE CIRCULATION COMME CATALYSEUR ... 442
§ 1. Le rôle de la méthode de la reconnaissance à la circulation du statut personnel ... 442
A. RAISONS D'EXAMEN DE LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE ... 445
1. La portée indirecte du droit européen sur la question des méthodes 445
a. L'impact de la Convention européenne des droits de l'Homme ... 445
b. L'impact du droit de l'Union européenne ... 449
2. L'apport faible de la méthode de la reconnaissance en raison des caractères des affaires liées à la circulation ... 453
3. Arguments en faveur de la méthode de la reconnaissance ... 455
B. UNE MÉTHODE À MI-CHÉMIN ENTRE RECONNAISSANCE ET POSSESSION D'ÉTAT ... 458
1. La cristallisation aisée de la filiation ... 458
2. Une solution de reconnaissance reposant sur un mécanisme de possession d'état ... 459
§ 2. L'adaptation du contrôle de l'ordre public international ... 464
A. UNE NÉCESSITÉ DE RECONSIDÉRATION DÉCOULANT DU DROIT EUROPÉEN ... 465
B. UNE NÉCESSITÉ CONFORME AUX OBJECTIFS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ... 467
§ 3. L'impact dans la circulation des modifications sur la plan de l'état civil . 471
A. LA RECONSIDÉRATION DE L'INSTITUTION DE L'ÉTAT CIVIL AU PLAN NATIONAL ... 471
B. LA RECONSIDÉRATION DE L'INSTITUTION DE L'ÉTAT CIVIL AU PLAN INTERNATIONAL ... 474
CONCLUSION DU CHAPITRE ... 479
TITRE II ... 481
LA CIRCULATION DES EFFETS DE LA FILIATION ... 481
CHAPITRE 7 ... 485
LES EFFETS PERSONNELS DE LA FILIATION ... 485
SECTION 1 ... 489
PERSISTANCE DE LA RÈGLE DE CONFLIT EN MATIÈRE D'EFFETS PERSONNELS ... 489
§ 1. La persistance de la règle de conflit dans la conception du problème de la question préalable ... 489
A. QUESTIONS PRÉALABLES AU NIVEAU NATIONAL ... 489
1. La prépondérance tacite de la lex fori en droit international privé comparé. ... 489
2. L'alternative de l'application des règles de conflit de la lex causae. ... 491
3. L'absence de solution explicite dans les droits nationaux. ... 491
B. QUESTIONS PRÉALABLES AU NIVEAU EUROPÉEN ... 492
1. Extension de la discussion entre théorie de la lex fori et lex causae .. 493
2. La théorie de la lex fori et perspectives d'unification des règles de conflit en matière de filiation ... 493

§ 2. La persistance de la règle de conflit dans le contentieux relatif aux effets personnels de la filiation ... 495
A. RESPONSABILITÉ PARENTALE DES ENFANTS ISSUS D'UNE GESTATION POUR AUTRUI ... 495
1. Au sein d'un ordre juridique prohibitif : l'ordre juridique français ... 495
2. Au sein d'un ordre juridique permissif : l'ordre juridique grec ... 499
B. RESPONSABILITÉ PARENTALE ET PROJET HOMOPARENTAL OU MULTIPARENTAL ... 502
1. Au sein de l'ordre juridique français ... 502
a. Persistance en présence d'un double lien de filiation monosexué ... 502
b. Persistance en présence d'une situation multiparentale ... 506
2. Au sein de l'ordre juridique grec ... 508
SECTION 2 ... 512
DÉPASSEMENT DE LA RÈGLE DE CONFLIT EN MATIÈRE D'EFFETS PERSONNELS ... 512
§ 1. Dépassement de la règle de conflit et d'autres obstacles en matière d'effets personnels ... 512
A. DÉPASSEMENT EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ PARENTALE ... 513
1. Potentiel de la règle du Forum non conveniens et d'un raisonnement en termes de méthode de reconnaissance ... 513
2. Potentiel de la jurisprudence Hadadi en matière de conflits de lois... 516
B. DÉPASSEMENT EN MATIÈRE D'ENLÈVEMENTS D'ENFANTS ET DE DROIT DE VISITE ... 520
1. La circulation facilitée des décisions relatives à l'enlèvement d'enfant ... 520
2. La circulation facilitée des décisions relatives au droit de visite ... 523
§ 2. Dépassement de la règle de conflit par la mise en œuvre d'une règle matérielle internationale ... 525
A. ENTRE LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE ET LA POSSESSION D'ÉTAT ... 526
1. Inconvénients de la méthode de la reconnaissance ... 527
2. Un nouvel argument en faveur de la méthode de la reconnaissance . 528
B. MISE EN ŒUVRE DE LA SOLUTION EN MATIÈRE D'EFFETS PERSONNELS ... 529
1. Mise en œuvre dans le cas d'une gestation pour autrui ... 529
2. Mise en œuvre dans le cas d'un double lien de filiation monosexué . 530
CONCLUSION DU CHAPITRE ... 531
CHAPITRE 8 ... 533
LES EFFETS PATRIMONIAUX DE LA FILIATION ... 533
SECTION 1 ... 537
FILIATION ET CIRCULATION DES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES ... 537
§ 1. Persistance de la règle de conflit en matière d'obligations alimentaires ... 537
A. LA RÈGLE DE CONFLIT COMME MOYEN FAVORISANT LA RECONNAISSANCE D'UNE FILIATION ... 537
1. Obligation alimentaire des enfants issus d'une fécondation in vitro . 537
2. Obligation alimentaire des enfants issus d'une gestation pour autrui 538

B. LA RÈGLE DE CONFLIT COMME OBSTACLE À LA RECONNAISSANCE D'UNE FILIATION 540
1. Au sein de l'ordre juridique français 540
2. Au sein de l'ordre juridique grec 542
§ 2. L'affaiblissement du rôle de la règle de conflit et de l'ordre public en matière d'obligations alimentaires 544
A. L'EFFACEMENT DE LA CONDITION DE L'EXEQUATUR 544
1. La déconnexion du lien de filiation et de l'obligation alimentaire dans le droit conventionnel 545
2. La facilitation de la reconnaissance des décisions sous le régime du règlement 546
B. LE RECUL DE LA RÈGLE DE CONFLIT EN MATIÈRE DE FILIATION 548
1. Signes préexistants de recul de la règle de conflit 548
2. Apport d'une règle fondée sur le principe de la reconnaissance 552
a. Filiation découlant d'une insémination artificielle 553
b. Filiation découlant d'une gestation pour autrui 554
SECTION 2 556
FILIATION ET CIRCULATION DES DROITS SUCCESSORAUX 556
§ 1. Persistance de la règle de conflit en matière des droits successoraux 557
A. ENFANTS NÉS D'UNE GESTATION POUR AUTRUI 557
1. Au sein de l'ordre juridique français 558
2. Au sein de l'ordre juridique grec 559
B. DES ENFANTS NÉS D'UN PROCESSUS EFFECTUÉ POST-MORTEM 560
1. Au sein de l'ordre juridique français 561
2. Au sein de l'ordre juridique grec 565
§ 2. Dépassement de la règle de conflit en matière des droits successoraux 566
A. LA QUESTION PRÉALABLE DANS LE CADRE DE L'APPLICATION DU RÈGLEMENT 650/2012 566
1. Au sein de l'ordre juridique français 567
2. Au sein de l'ordre juridique grec 569
B. L'APPORT DE LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE 570
1. Faveur pour la reconnaissance des liens de filiation 570
2. Les limites d'une solution inspirée de la méthode de la reconnaissance 572
CONCLUSION DU CHAPITRE 574
CONCLUSION GÉNÉRALE 576
Bibliographie 580
1. Bibliographie francophone 580
2. Bibliographie Anglophone et germanophone 598
3. Bibliographie grecque 607
4. Autres documents 609
5. TEXTES OFFICIELS 610
5.1. Textes européens 610
6. Table des décisions citées (par ordre chronologique) 611
6.1. CJCE 611
6.2. CEDH 612

6.3. Angleterre 613
6.4. Canada 613
6.5. États-Unis 614
6.6. France 614
6.7. Grèce 618
7. Articles de presse 621
ANNEXE Actes de naissance des jumeaux nés à la suite d'une gestation pour autrui en Californie désignant comme parents deux personnes de même sexe 623
TABLE DES MATIÈRES 626