

Jurisprudence. Civ., 1^{ière}, 17 décembre 2008. Pascal dit dans une formule célèbre que le droit varie selon que l'on se situe d'un côté ou d'un autre des Pyrénées. C'est ainsi que tandis que le droit français frappe de nullité absolue les contrats de mère porteuses par l'effet de l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation, du 31 mai 1991, le droit de l'Etat de Californie, autrement inspiré organise une procédure de « prestation pour autrui », licite dès l'instant qu'elle s'opère sous contrôle judiciaire.

En droit international privé, l'ordre public international interdit certes que soit constitué des situations contraires à la loi française, mais admet que produise en France leurs effets, des situations constituées à l'étranger, en conformité à ces lois étrangères, même si celles-ci sont contraires à l'ordre public français. ? C'est ainsi par exemple que les mariages polygamiques, interdits en France et auxquels les étrangers ne peuvent procéder en France, peuvent avoir des effets en France, dès l'instant qu'ils ont été passés à l'étranger, conformément à une loi étrangère les admettant (indépendamment des cas de fraudes).

Ainsi un couple, établi en Californie, se soumet à la procédure de gestation pour autrui. Il en résulte deux enfants. Leurs actes de naissance sont établis sur les registres de Californie. Le couple français demande au Consulat de France à Los Angeles de transcrire l'acte de naissance sur le registre d'acte civil que le consulat tient pour les français, ce que l'officier d'état civil refuse de faire.

Plus encore, le ministère public français agit pour obtenir l'annulation des actes de naissance des enfants qui établissent, selon le droit américain, un lien de filiation à l'égard du couple s'étant soumis à la procédure de gestation pour autrui.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 25 octobre 2007, rejette l'action du ministère public, en estimant que le ministère public ne fait qu'alléguer une contrariété à l'ordre public alors qu'il ne pourrait prétendre à l'anéantissement de l'acte d'état civil quand démontrant l'inopposabilité en France du jugement américain qui homologue l'accord de gestation pour autrui, ce qu'il ne peut faire en raison des règles du droit intention privé. L'arrêt des juges du fond est cassé par le première chambre civile, parce que les actes d'état civil en question démontre l'existence d'une convention portant sur la gestion pour autrui, ce qui ouvre pour le ministère public « un intérêt à agir en nullité des transcriptions ».

Cet arrêt a étonné, à une époque où l'on admet si facilement l'efficacité de situations internationales, produisant des effets en France, alors que la loi étrangère, sous l'empire de laquelle elle se sont constituées, sont contraires à l'ordre public français (exemple de la polygamie). Pour la Cour de cassation adopta sans doute cette rigueur pour être en conformité avec la jurisprudence précitée de son assemblée plénière et pour que de fait, la Californie ne devienne pas un marché de mères porteuses, permettant ensuite aux clients de faire reconnaître juridiquement en France l'enfant ainsi obtenu.

Il demeure que, comme pour la règle de la prohibition de l'avortement, celle de la nullité de la maternité de substitution, ne tiendra sans pas face à un mouvement social si nettement en sa faveur. Il n'est pourtant pas certain que ce « droit à l'enfant » ne fasse pas des dégâts, ne serait-ce qu'au détriment des jeunes filles de réceptacle à ce commerce particulier.