

**S1019053**

**Décision attaquée :**

**M. et Mme X... /  
Procureur général près la cour d'appel de  
Paris**

---

**rapporteur : Agnès Martinel**

**RAPPORT  
après avis consultatif de  
la CEDH**

Saisie par une décision du 16 février 2018 de la Cour de réexamen des décisions civiles (16 février 2018, n° 17 RDH 001), qui a fait droit à la demande de réexamen du pourvoi en cassation formé le 9 juin 2010 par M. et Mme X... contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 mars 2010 ayant annulé la transcription des actes de naissance sur les registres du service central d'état civil de Nantes de leurs filles mineures, A... et B... X..., l'assemblée plénière de la Cour de cassation, par un arrêt avant dire droit du 5 octobre 2018, a adressé à la Cour européenne des droits de l'homme, en application du Protocole n°16 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une demande d'avis consultatif sur les questions suivantes :

1°) En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un Etat-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ?

2°) Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique,

ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?

La Cour de cassation a sursis à statuer jusqu'à l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu son avis le 10 avril 2019.

## **I - Rappel des faits et de la procédure**

M. C... X... et Mme D... Z... épouse X... ont eu recours à un processus de gestation pour autrui (GPA) aux Etats-Unis. Mme F... E... a porté les embryons obtenus *in vitro* avec les gamètes de M. X... et ceux d'une amie du couple.

Par jugement du 14 juillet 2000, la Cour supérieure de l'Etat de Californie a déclaré M. X... "*père génétique*" et Mme Z... "*mère légale de tout enfant qui naîtrait de Mme E... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000*".

M. X... et Mme Z... se sont mariés le 2 septembre 2000.

Deux filles, A... et B..., sont nées le [...] à La Mesa (Californie). Deux actes de naissance ont été enregistrés à l'état civil du comté de San Diego.

Le 8 novembre 2000, M. X... a sollicité du consulat général de France à Los Angeles la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français, et s'est vu opposer un refus. Les services consulaires ont transmis le dossier au parquet de Nantes, qui a lui-même saisi le parquet de Créteil, les époux X... habitant Maisons-Alfort.

Une information pénale a été ouverte contre M. et Mme X... du chef de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil de l'enfant. Elle s'est terminée par une ordonnance de non-lieu du 30 septembre 2004.

Le 25 novembre 2002, le ministère public a fait transcrire par le consulat général de France à Los Angeles les actes de naissance litigieux afin d'engager une action en annulation de la transcription. Cette action a été engagée devant le tribunal de grande instance de Créteil, qui, par un jugement en date du 13 décembre 2005, a déclaré le procureur de la République irrecevable en sa demande.

Le parquet général a interjeté appel de ce jugement.

La cour d'appel de Paris a confirmé le jugement le 25 octobre 2007.

La première chambre civile de la Cour de cassation, le 17 décembre 2008 (1re Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468, Bull. 2008, I, n° 289), a cassé l'arrêt au

visa des articles 423 du code de procédure civile et 16-7 du code civil au motif que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

Par arrêt du 18 mars 2010, celle-ci a déclaré l'action du ministère public recevable, annulé la transcription des actes de naissance sur les registres du service central d'état civil de Nantes et ordonné la transcription de son arrêt en marge des actes de naissance annulés.

Par déclaration du 9 juin 2010, M. et Mme X..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs filles mineures, A... et B... X..., ont formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

Par un arrêt du 6 avril 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en jugeant qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français et qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil (1<sup>re</sup> Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, Bull. 2011, I, n° 72).

M. C... X..., Mme D... X... ainsi que Mlles A... et B... X... ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme, qui, par un arrêt du 26 juin 2014, a déclaré la requête recevable quant aux griefs de l'article 8 pris isolément ainsi que combiné avec l'article 14 de la Convention et irrecevable pour le surplus, a dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 s'agissant du droit des premier et deuxième requérants au respect de leur vie familiale, dit qu'il y a eu violation de l'article 8 s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée, dit qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 et condamné la France à verser à chacune des troisième et quatrième requérantes une somme de 5 000 euros pour dommage moral et aux requérants la somme de 15 000 euros pour frais et dépens.

Le 15 mai 2017, M. C... X... et Mme D... X..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs filles mineures, A... et B... X..., ont saisi la Cour de réexamen des décisions civiles d'une demande de réexamen du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 mars 2010.

Par une décision du 16 février 2018 (Cour de réexamen des décisions civiles, 16 février 2018, n° 17 RDH 001), la Cour de réexamen des décisions civiles a fait droit à la demande de réexamen du pourvoi en cassation et dit que la procédure se poursuivra devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Le 23 mai 2018, Me Spinosi, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation de M. C... X... et Mme D... X..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs filles mineures, A... et B... X..., a déposé des observations complémentaires.

Par un arrêt du 5 octobre 2018, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a adressé à la Cour européenne des droits de l'homme une demande d'avis consultatif en application du Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu son avis consultatif le 10 avril 2019.

Le 15 avril 2019, Me Spinozi a déposé un nouveau mémoire par lequel Melles A... et B... X..., toutes deux nées le [...] à La Mesa en Californie et devenues dès lors majeures le 25 octobre 2018, ont fait valoir qu'elles souhaitaient, en application des articles 369 et 373 du code de procédure civile, reprendre l'instance de cassation, qui avait été initiée par leurs représentants légaux, M. C... X... et Mme D... Z... épouse X..., et qu'elles reprenaient ainsi à leur compte l'ensemble des demandes figurant dans les écritures déposées par leurs représentants légaux, tendant à l'annulation de l'arrêt rendu le 18 mars 2010 par la cour d'appel de Paris et à ce qu'en application de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, soit ordonnée par l'assemblée plénière la transcription sur les registres d'état civil français de leurs actes de naissance californiens, en ce qu'ils désignent M. et Mme X... comme leur père et mère.

Le 24 avril 2019, la SCP Marc Lévis a formé une intervention volontaire au nom de l'association Arcilesbica. Aucun mémoire n'a été déposé au soutien de cette intervention volontaire.

Le 24 mai 2019, Me Spinosi a déposé des observations complémentaires et a demandé à l'assemblée plénière de casser et annuler l'arrêt rendu le 18 mars 2010 par la cour d'appel de Paris sans renvoi, en considération expresse de la filiation établie par la possession d'état constatée par acte de notoriété dressé par le tribunal d'instance de Charenton-le-Pont le 11 mai 2018.

## **II - Analyse succincte des moyens**

Il convient de rappeler que la Cour de réexamen est saisie du pourvoi formé par M. et Mme X... le 9 juin 2010, dont les termes sont repris par Melles A... et B... X....

Dans leur mémoire ampliatif, M. et Mme X... avaient soulevé, à l'appui de leur pourvoi, objet de la demande de réexamen, un moyen unique qui fait grief à l'arrêt d'avoir annulé la transcription de l'acte d'état civil étranger.

Ce moyen s'articule en cinq branches.

**La première branche** soutient que la décision étrangère qui reconnaît la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, qui ne se confond pas avec l'ordre public interne ; qu'en jugeant que l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie ayant déclaré M. X... « père génétique » et Mme Z... « mère légale » de tout enfant devant naître de Mme E... entre le 15 août et le 15 décembre 2000 était contraire à l'ordre public international, prétexte pris que l'article 16-7 du code civil frappe de nullité les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil.

**La deuxième branche** soutient qu'il résulte de l'article 55 de la Constitution que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés ont, sous réserve de leur application réciproque par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois et règlements ; qu'en se fondant, pour dire que c'était vainement que les consorts X... se prévalaient de conventions internationales, notamment de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, sur la circonstance que la loi prohibe, « pour l'heure », la gestation pour autrui, la cour d'appel, qui a ainsi considéré qu'une convention internationale ne pouvait primer sur le droit interne, a violé l'article 55 de la Constitution.

**La troisième branche** soutient que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'en retenant que l'annulation de la transcription des actes de naissance des enfants des époux X... ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de ces enfants en dépit des difficultés concrètes qu'elle engendrerait, la cour d'appel, dont la décision a pourtant pour effet de priver ces enfants de la possibilité d'établir leur filiation en France, où ils résident avec les époux X..., a violé l'article 3 § 1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant.

**La quatrième branche** soutient qu'il résulte des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X..., la cour d'appel, qui a ainsi privé ces enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard des époux X... avec lesquels ils forment une véritable famille, a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**La cinquième branche** soutient que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X... par cela seul qu'ils étaient nés en exécution d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel, qui a ainsi pénalisé ces enfants, en les privant de la nationalité de leurs parents, à raison de faits qui ne leur étaient pourtant pas imputables, a violé l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 8 de ladite convention.

### **III - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

Le pourvoi formé par M. et Mme X..., objet de la demande de réexamen, et repris par Melles X..., pose plusieurs questions :

- La décision étrangère reconnaissant la filiation d'un couple ayant régulièrement conclu à l'étranger une convention de gestation pour autrui est-elle contraire à l'ordre public international qui ne se confond pas avec l'ordre public interne ?

- L'ordre public international fait-il obstacle à la transcription en France de l'état civil des enfants issus de ce contrat de gestation pour autrui alors que l'acte étranger mentionne le père comme "père biologique" et la mère d'intention comme "mère légale" des enfants ?

- L'intérêt supérieur de l'enfant prime-t-il sur l'ordre public international au point d'imposer la reconnaissance de cet état civil étranger ?

- L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose-t-il la transcription d'un tel acte dès lors que l'existence d'un lien familial avec l'enfant se trouve établi? En annulant la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes, la cour d'appel a-t-elle privé les enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard de M. et Mme X... ?

- L'article 14 de cette Convention interdit-il de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, les enfants issus d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger ?

Ces points devront être examinés à l'aune de l'avis consultatif rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 10 avril 2019. Certes, cet avis n'est pas contraignant. Toutefois, les énonciations qu'il porte sont autant d'éléments qui permettront à la Cour de régler le litige dans la conformité à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le décret n° 2017-396 du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation prévoit, dans son article 4 (section 2), relatif aux demandes de réexamen en matière civile, des "*dispositions particulières aux juridictions de renvoi*". Dans le cas d'un arrêt de la Cour de cassation prononcé en violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le texte réglementaire tient en un seul article, inséré dans le code de procédure civile. Cet article

1031-22 dispose que *“lorsque la cour de réexamen fait droit à la demande en réexamen du pourvoi du requérant, la procédure se poursuit devant l’assemblée plénière”*.

Dans ce contexte ainsi défini, se pose la question de la recevabilité des observations déposées par la SCP Spinosi-Sureau, avocat au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation, représentant Melles A... et B... X....

S’agissant de la procédure de réexamen des décisions pénales, l’assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé, à deux reprises, que lorsqu’elle est saisie, en application des articles 626-3 et 626-4 du code de procédure pénale, aux fins de réexamen d’un pourvoi, la Cour de cassation statue en l’état des seuls mémoires déposés lors de l’examen initial de ce pourvoi (Ass. plén., 4 octobre 2002, pourvoi n° 93-81.533, Bull. crim. 2002, n° 1 et Ass. plén., 22 novembre 2002, pourvoi n° 92-82.460, Bull. 2002, Ass. plén. n° 2).

Cette analyse doit-elle être transposée en matière civile ? On observera à cet égard que la décision du 5 octobre 2018 vise les observations déposées alors par Me Spinosi. Pourrions-nous estimer que, compte tenu des importantes évolutions jurisprudentielles intervenues sur cette question de la transcription des actes de naissance des enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui, dans un contexte de changement des circonstances de droit, les observations déposées nouvellement par Me Spinosi, doivent être déclarées recevables ? Il appartiendra à l’assemblée plénière de trancher préalablement ce point.

#### **IV - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

##### **1 - L’avis consultatif de la Cour européenne des droits de l’homme**

A la suite de la demande transmise par la Cour de cassation, la Cour européenne des droits de l’homme a rendu son avis consultatif le 10 avril 2019. Dans cet avis, elle a, en premier lieu, défini son office relativement à cette nouvelle procédure d’avis instaurée par le Protocole n°16. La Cour *“rappelle que, comme l’indique le préambule du Protocole n°16, la procédure d’avis consultatif a pour but de renforcer l’interaction entre elle et les autorités nationales et de consolider ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité”*. Elle ajoute que *“l’objectif de la procédure n’est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande, les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu’elle jugera le litige en instance”*. En application du principe de subsidiarité, c’est à la juridiction nationale dont émane la demande qu’il reviendra *“de*

*tirer toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire".*

De l'article 1 § 1 et § 2 du Protocole n°16, la Cour déduit que *"les avis qu'elle est amenée à rendre en application de ce protocole doivent se limiter aux points qui ont un lien direct avec le litige en instance au plan interne. Leur intérêt est également de fournir aux juridictions nationales des orientations sur des questions de principe relatives à la Convention applicables dans des cas similaires"*. Elle précise, s'agissant de la demande d'avis consultatif de la Cour de cassation dans cette affaire, que *"le litige interne ne concerne pas le cas où l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger est issu des gamètes de la mère d'intention. Il en résulte également que l'avis ne concernera pas le cas où il y a eu procréation pour autrui, c'est-à-dire où l'enfant est issu des gamètes de la mère porteuse. Les questions de la Cour de cassation ne visent pas du reste cette situation. Il en résulte de plus que l'avis ne portera ni sur le droit au respect de la vie familiale des enfants ou des parents d'intention, ni sur le droit au respect de la vie privée des parents d'intention"*. L'avis ne concerne donc pas le cas de l'enfant né d'une GPA avec les gamètes de la mère d'intention (§28) ni celui issu des gamètes de la mère porteuse (§29). La PMA apparaît aussi en dehors du périmètre de l'avis. On peut observer également que la Cour se réfère à la mère d'intention, ce qui paraît également exclure de son champ d'application, le père d'intention, époux ou concubin du père biologique, ayant eu recours à une GPA à l'étranger.

Ainsi que l'indique la Cour, son avis est, en conséquence, circonscrit à deux points :

- la question de savoir si le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, qui requiert la reconnaissance en droit interne du lien de filiation entre celui-ci et le père d'intention lorsqu'il est le père biologique, requiert également la possibilité d'une reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale", dans la situation où l'enfant a été conçu avec les gamètes d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne,
- la question de savoir si, dans l'affirmative, le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ou s'il admet qu'il puisse se faire par d'autres moyens, tels que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention.

La réponse de la Cour est double. Après avoir procédé à une nouvelle formulation de la question posée, elle affirme, en premier lieu, que le droit au respect de la vie privée d'un enfant né à l'étranger d'une GPA, au sens de l'article 8 de la Convention, impose à l'Etat de permettre la reconnaissance en droit interne de la filiation entre l'enfant et sa mère d'intention au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. En second lieu, elle considère toutefois que l'Etat jouit d'une marge d'appréciation quant aux modalités de la reconnaissance de cette filiation en droit interne, à la condition que



celles-ci garantissent l'effectivité et la célérité de la mise en œuvre conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

La Cour européenne se fonde sur l'intérêt supérieur de l'enfant, un standard qu'elle met en œuvre depuis longtemps dans sa jurisprudence<sup>1</sup>, déjà présent dans ses arrêts X... et H..., et sur l'article 8 de la Convention dont elle dégage une nouvelle obligation à la charge des Etats signataires de la Convention, celle d'offrir aux enfants nés de GPA à l'étranger la possibilité d'une reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention.

**S'agissant du premier point**, la Cour rappelle, préalablement, que, dans ses arrêts X... c/ France (n°65192/11, 26 juin 2014) et H... c/ France (n°65941/11, 26 juin 2014), si elle a admis *“qu'il était concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire”*, elle a relevé que *“les effets de la non- reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitaient pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises et qu'ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée se trouve significativement affecté”* (§39).

Elle affirme que *“l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention a ainsi des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de la vie privée”*. D'un point de vue général, indique-t-elle en se référant aux arrêts précités X... et H..., *“l'absence de reconnaissance en droit interne du lien entre l'enfant et la mère d'intention défavorise l'enfant dès lors qu'il le place dans une forme d'incertitude juridique quant à son identité dans la société (§§ 96 et 75 respectivement). Il y a notamment un risque qu'il n'ait pas accès à la nationalité de la mère d'intention dans les conditions que garantit la filiation, cela peut compliquer son maintien sur le territoire du pays de résidence de la mère d'intention (même si ce risque n'existe pas dans le cas soumis à l'examen de la Cour de cassation, le père d'intention, qui est aussi le père biologique, ayant la nationalité française), ses droits successoraux à l'égard de celle-ci peuvent être amoindris, il se trouve fragilisé dans le maintien de sa relation avec la mère d'intention en cas de séparation des parents d'intention ou de décès du père d'intention et il n'est pas protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge”* (§ 40).

C'est donc l'intérêt supérieur de l'enfant qui fonde cette nécessité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui et la mère d'intention. Certes, la Cour, se référant à son arrêt de Grande Chambre Paradiso et Campanelli c/ Italie (n° 25358/12, 24 janvier 2017), souligne à nouveau qu'elle *“est consciente de ce que, dans le contexte de la gestation pour autrui, l'intérêt supérieur de l'enfant ne se résume pas au respect de ces aspects de son droit au respect de la vie privée. Il inclut d'autres éléments fondamentaux, qui ne plaident pas nécessairement en faveur de la reconnaissance d'un lien de filiation avec la mère*

---

<sup>1</sup> Voir notamment CEDH, arrêt du 13 fév.2003, Odièvre c/ France, n°42326/98

*d'intention, tels que la protection contre les risques d'abus que comporte la gestation pour autrui et la possibilité de connaître ses origines" (§ 41).*

Mais ce standard, tel qu'il est défini par la Cour, demeure le socle sur lequel repose l'avis consultatif. La Cour en donne des contours plus précis. Ainsi, elle affirme, à notre connaissance pour la première fois, que *"l'intérêt supérieur de l'enfant comprend aussi l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable"* (§ 42).

Au vu des éléments qui précèdent, la Cour considère que *"l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise"* (§42). Notons que c'est une impossibilité générale et absolue qui est visée, ce qui permet de penser - et la Cour le précise- que chaque situation doit donner lieu à un examen *in concreto*. A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que cet avis est limité à l'hypothèse dans laquelle le père d'intention est le père biologique de l'enfant et l'acte de naissance légalement établi à l'étranger fait apparaître la mère d'intention comme mère légale de l'enfant.

Commentant cette partie de l'avis, le professeur Frédéric Sudre et la professeure Adeline Gouttenoire<sup>2</sup> soulignent que *"la Cour livre dans son avis une interprétation constructive de l'article 8 de la Convention"* et *"découvre"* donc dans cet article *"une nouvelle obligation qu'elle met à la charge de l'Etat et qui s'analyse comme une obligation positive: l'Etat a l'obligation d'offrir en droit interne une possibilité de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. C'est-à-dire qu'en cas de lacune ou de défaillance du droit interne, l'Etat manquera à son obligation positive d'assurer le respect effectif du droit au respect de la vie privée de l'enfant. Ce faisant, la Cour procède à un infléchissement manifeste de sa jurisprudence antérieure puisqu'elle ne relègue plus dans l'illégalité la mère d'intention et admet désormais que l'absence de lien biologique ne fait pas obstacle à l'établissement du lien de filiation. A fortiori, précise la Cour - qui n'hésite pas à déborder du cadre de l'avis qu'elle a elle-même défini -, la reconnaissance du lien de filiation s'impose en présence d'un lien biologique lorsque l'enfant a été conçu avec les gamètes de la mère d'intention"*.

Cela étant, d'autres auteurs ne partagent pas cette analyse. Ainsi, le professeur Hugues Fulchiron<sup>3</sup>, se livrant à une interprétation de la formule retenue par la Cour selon laquelle *"l'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les Etats de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention"*, estime que *"la formule est générale. Au delà du cas de la filiation d'intention, elle*

---

<sup>2</sup> Frédéric Sudre et Adeline Gouttenoire, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », *JCP 2019, éd. G, n°20, p. 551.*

<sup>3</sup> Hugues Fulchiron, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme: un dialogue exemplaire? », *D. 2019, p. 1084.*

*semble apporter un démenti à ceux qui voyaient dans les arrêts Wagner et Gianisis Negrepointis, les prémisses d'une obligation générale de reconnaissance des situations valablement créées à l'étranger, sur le fondement du droit de chacun au respect de sa vie privée. Plus respectueuse des droits nationaux, la démarche adoptée ici semble inverse: pas d'obligation générale, mais un examen de chaque situation in concreto*".

La Cour européenne a, par ailleurs, repris les termes de ses arrêts X... et H... en ce qui concerne la marge d'appréciation des Etats. Se référant, comme dans les arrêts précités, à une analyse comparative de la législation et de la pratique des Etats en la matière, la Cour relève que *"malgré une certaine évolution vers la possibilité d'une reconnaissance juridique du lien de filiation entre les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et les parents d'intention, il n'y a pas de consensus en Europe sur cette question"* (§ 43). Or, dans cette hypothèse d'absence de consensus, la marge d'appréciation est habituellement large. Cependant, la cour précise que *"lorsqu'un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu se trouve en jeu, comme lorsque l'on touche à la filiation, comme c'est le cas en l'espèce, il y a lieu d'atténuer la marge d'appréciation"* dont dispose l'Etat défendeur.

La Cour, sur ce point, précise le contenu des arrêts X... et H... en énonçant, pour la première fois à notre connaissance, que *"ce qui est en jeu dans le contexte de la reconnaissance d'un lien de filiation entre des enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui et les parents d'intention dépasse en réalité la question de l'identité de ces enfants. D'autres aspects essentiels de leur vie privée sont concernés dès lors que sont en question l'environnement dans lequel ils vivent et se développent et les personnes qui ont la responsabilité de satisfaire à leurs besoins et d'assurer leur bien-être"* (§ 45). Ainsi qu'elle le souligne, *"ceci conforte le constat de la Cour quant à la réduction de la marge d'appréciation"*.

**Sur le second point**, la Cour relève *"qu'il est de l'intérêt de l'enfant qui est dans cette situation que la durée de l'incertitude dans laquelle il se trouve quant à sa filiation à l'égard de la mère d'intention soit aussi brève que possible"* et que *"tant que le lien entre lui et celle-ci n'est pas reconnu en droit interne sa situation se trouve fragilisée s'agissant de plusieurs aspects de son droit au respect de la vie privée"*. *"On ne saurait toutefois en déduire"*, poursuit-elle, *"que les Etats parties soient tenus d'opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger"*. En effet, selon la Cour, il n'y a pas de consensus européen en la matière et l'identité des individus est moins directement en jeu lorsqu'il s'agit d'apprécier les moyens d'établir la filiation d'un enfant né de GPA que lorsqu'il s'agit du principe même de son établissement ou de sa reconnaissance. La Cour en déduit que *"le choix des moyens à mettre en oeuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombe dans la marge d'appréciation des Etats"*.

La Cour précise, par ailleurs, que *"l'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les Etats de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. Ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant - qui s'apprécie avant tout in concreto plutôt qu'in abstracto - c'est que ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé"*.

Pour la Cour, *“on ne saurait déduire de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi compris que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention que requiert le droit de l'enfant au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, impose aux Etats de procéder à la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale. Selon les circonstances de chaque cause, d'autres modalités peuvent également servir convenablement cet intérêt supérieur, dont l'adoption, qui, s'agissant de la reconnaissance de ce lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger”* (§ 53). Ce qui compte, précise la Cour, *“c'est qu'au plus tard lorsque, selon l'appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé, il y ait un mécanisme effectif permettant la reconnaissance de ce lien. Une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien. Il va de soi que ces conditions doivent inclure une appréciation par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant à la lumière des circonstances de la cause”*.

La Cour conclut en indiquant *“qu'en somme, vu la marge d'appréciation dont disposent les Etats s'agissant du choix des moyens, d'autres voies que la transcription, notamment l'adoption par la mère d'intention, peuvent être acceptables dans la mesure où les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant”*.

Notons, enfin, que la Cour relève, *in fine*, *“qu'elle est consciente de la complexité des questions que pose la gestation pour autrui. Elle observe que la conférence de La Haye de droit international privé a entrepris des travaux destinés à proposer une convention internationale permettant d'y répondre sur la base de principes acceptés par les Etats qui adhéreront à cet instrument”*.

## **2 - Les conséquences de l'avis consultatif sur la demande de réexamen**

L'avis consultatif de la CEDH résultant du Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est facultatif. C'est d'ailleurs toute la différence avec le mécanisme de la question préjudicielle du droit de l'Union européenne, dans lequel le dialogue entre les Cours suprêmes nationales et la CJUE ne se joue pas à égalité. L'article 267 du TFUE impose, en effet, à la juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne de poser une question préjudicielle à la CJUE. Le processus issu du Protocole n°16, qui n'intervient pas dans un système juridique intégré, s'inscrit dans la logique du principe de subsidiarité.

Cependant, l'avis consultatif a un intérêt préventif. Il a vocation à permettre d'anticiper le risque de violation de la Convention et, autant que faire se peut, d'éviter

de nouvelles condamnations. Selon un auteur, il “*vient rompre le cycle violation-sanction*”.<sup>4</sup>

Si l’avis consultatif du 10 avril 2019 impose, dans certaines conditions, la reconnaissance de la filiation entre l’enfant né d’une gestation pour autrui à l’étranger avec la mère d’intention, c’est dans un cadre finalement assez souple - les moyens de parvenir à l’objectif relevant de la marge d’appréciation des Etats parties à la Convention - au sein duquel la Cour de cassation dispose d’une certaine latitude pour déterminer une solution au litige dans le respect des exigences de l’article 8 de la Convention. L’avis laisse, tout d’abord, à la Cour de cassation la possibilité de casser totalement l’arrêt de la cour d’appel de Paris en admettant la transcription de l’acte de naissance en ce qui concerne le père biologique et la mère d’intention. La transcription, qui s’impose pour le père biologique, n’est qu’une faculté s’agissant de la mère d’intention. Elle reste une voie possible, sans présenter un caractère obligatoire (1).

L’adoption, voie actuellement choisie par la jurisprudence de la 1<sup>re</sup> chambre civile de notre Cour est admise par la CEDH dès lors que ses conditions “*sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l’enfant soit maintenu longtemps dans l’incertitude juridique quant à ce lien*”. La question se pose donc de savoir si le recours à la seule adoption offre des garanties suffisantes en termes d’effectivité et de célérité de mise en œuvre des modalités prévues par le droit interne pour parvenir à l’objectif de reconnaissance du lien de filiation dès lors que celui-ci s’est concrétisé ? (2) La question de savoir s’il convient d’envisager la possibilité pour la mère d’intention de recourir à d’autres modes d’établissement de la filiation pourrait donc ensuite venir en discussion (3).

### **1 - La transcription de l’acte de naissance sur les registres de l’état civil en ce qui concerne les deux parents d’intention**

Melles A... et B... X... sollicitent la cassation totale de l’arrêt qui a annulé la transcription de l’acte de naissance sur les registres de l’état civil de leurs deux parents et reprennent l’ensemble des moyens de cassation soulevés par M. et Mme X... au soutien de leur pourvoi formé le 9 juin 2010 à l’encontre de l’arrêt de la cour d’appel de Paris en date du 18 mars 2010. L’avis de la Cour européenne des droits de l’homme n’impose pas la transcription de l’acte de naissance en ce qui concerne la mère d’intention<sup>5</sup> mais ne l’interdit pas. Elle demeure donc une voie possible.

---

<sup>4</sup> Frédéric Sudre, « CEDH Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n°16 Une embellie pour la Convention EDH - Aperçu rapide », *JCP 2018, éd. G., n°17, p. 473.*

<sup>5</sup> Selon Marie-Christine Le Boursicot, “*ce choix laissé au juge interne de ne pas transcrire s’avère donc opportun et aussi justifié en droit. Dans notre droit interne, l’acte de naissance n’établit pas la filiation, mais en est un mode de preuve. La filiation est une construction juridique, qui se fonde sur la biologie, sur le consentement donné devant le notaire par les époux ou concubins qui ont eu recours à la procréation médicalement assistée, ou sur le jugement d’adoption. Il est de jurisprudence constante que l’expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s’il existe un motif légitime de ne pas y procéder et que le juge a le pouvoir de l’ordonner d’office. L’acte de naissance d’une personne a force*

Techniquement, l'arrêt pourrait être censuré sur le fondement des troisième et quatrième branches du moyen unique en jugeant qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a méconnu l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui implique, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, que les enfants puissent voir établir leur filiation à l'égard tant du père biologique que de la mère d'intention. Cette cassation totale ferait revivre le jugement initial qui a déclaré irrecevable l'action du ministère public en annulation de la transcription des deux actes de naissance dans leur intégralité.

C'est la solution qui a été retenue en Allemagne par le *Bundesgerichtshof*. Dans cet Etat, la gestation pour autrui est interdite mais elle ne donne pas lieu à des sanctions pénales. En dépit de cette interdiction, le *Bundesgerichtshof* a, par une décision du 10 décembre 2014 (Beschluss XII ZB 463/13), fait droit à la requête en transcription de la filiation de deux parents d'intention, dont un seul avait un lien biologique avec l'enfant issu d'une gestation pour autrui, telle qu'établie par un jugement rendu dans l'Etat de Californie. Ce jugement étranger mentionnait ces deux hommes unis en Allemagne par un partenariat comme père de cet enfant né en Californie d'une gestation pour autrui.

Le *Bundesgerichtshof* a jugé qu'il n'y avait pas d'atteinte à l'ordre public par la seule attribution de la parenté juridique aux parents d'intention dans un cas de gestation pour autrui dès lors que l'un des parents d'intention a un lien biologique avec l'enfant, cependant que la mère porteuse n'a pas de lien génétique avec l'enfant. Se fondant sur les arrêts X... et H... de la Cour européenne des droits de l'homme, les juges ont relevé notamment que priver l'enfant d'un lien de parenté juridique avec le second parent d'intention, dépourvu de lien biologique avec lui mais disposé, contrairement à la mère porteuse, à assumer des responsabilités parentales à son égard, reviendrait à porter atteinte au droit de l'enfant, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à voir établir un lien juridique avec ses parents, au titre du respect de sa vie privée.

Cette décision de cassation, en accueillant les demandes des enfants X..., mettrait un terme à la procédure engagée par les époux X..., et reprise par leurs deux filles. Mais, certains ne pourraient-ils pas objecter que le principe de la prohibition de la gestation pour autrui, qui constitue un des fondements de notre droit de la bioéthique, serait remis en cause ? Admettre la transcription pour la mère d'intention, n'est-ce pas ouvrir toutes les digues qui, pour l'instant, permettent d'assurer le respect de ce principe

---

*probante de la filiation qui y est mentionnée, mais qui peut être contestée. Ainsi, si la filiation maternelle est établie par l'effet de la loi, vis-à-vis de la mère, par sa désignation dans l'acte de naissance (C civ., art.311-25), elle peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père (sous-entendu biologique), et ce, sous la seule réserve de la possession d'état, aux conditions de l'article 333 du code civil. Lorsque manque son fondement biologique ou judiciaire, la filiation est donc fragile; la simple transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger n'aurait peut-être pas pour effet de mettre fin à l'incertitude juridique quant à l'existence du lien de filiation, comme le souhaite la CEDH (§54). En toute logique, cinq années de possession d'état conforme à compter de la naissance ou de la reconnaissance seraient nécessaires pour conforter ce lien, et encore, exception faite d'une contestation, toujours possible au delà du délai de prescription, par le ministère public" (Marie-Christine Le Boursicot, « GPA: un avis de la CEDH embarrassant pour les juges français », *RJPF* 2019, n°5).*

? La Cour de cassation pourrait-elle aller aussi loin en cassant dans sa totalité l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui a annulé la transcription des actes ? De l'annulation faudrait-il qu'il ne reste plus rien ?

On peut observer, à cet égard, que la CEDH, dans son avis consultatif du 10 avril 2019, relève que *“l'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les Etats de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention”* et précise que *“ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant - qui s'apprécie avant tout in concreto - c'est que ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé”*. Cette appréciation de la cristallisation du lien entre l'enfant et la mère d'intention ne pourrait-elle pas relever obligatoirement, en droit interne, de l'intervention du juge, dont l'office serait d'apprécier si l'intérêt supérieur de l'enfant a été respecté au vu des circonstances particulières de chaque espèce? La CEDH, elle-même, dans le § 54 de son avis consultatif, précise *“qu'il va de soi que ces conditions doivent inclure une appréciation par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant à la lumière des circonstances de la cause”*.

Les juges de Strasbourg ne font, en réalité, que traduire la nécessité d'une conciliation des intérêts en présence, ceux liés au respect de la vie privée de l'enfant, et ceux qui résultent des considérations éthiques fondant, dans certains Etats, l'interdiction de la GPA. La jurisprudence oscille ainsi, pour trouver un point d'équilibre, entre deux variables, la situation, d'une part, dans laquelle l'enfant est né des gamètes d'au moins un des parents d'intention et se trouve rattaché à l'un d'eux par la filiation biologique (arrêts X... et H...) et celle, d'autre part, dans laquelle l'enfant est né d'une GPA à l'étranger totalement exogène, aucune des gamètes du couple constitué par les parents d'intention n'ayant été utilisée. Dans cette dernière hypothèse, qui est celle de l'affaire Paradiso et Campanelli c/ Italie <sup>6</sup>, la Cour européenne a considéré qu'il n'y a aucune atteinte au respect de la vie privée et familiale des enfants. La Cour admet donc que, dans ce cas, chaque Etat puisse utiliser tous les moyens pour éviter les fraudes aux règles relatives à l'adoption internationale, mais également pour lutter contre les trafics d'enfants.

---

<sup>6</sup> Grande Chambre (CEDH, arrêt du 24 janvier 2017, Paradiso et Campanelli contre Italie, n° 25358/12) - Dans cette affaire, il était question de la prise en charge par les services sociaux italiens d'un enfant de neuf mois né en Russie à la suite d'un contrat de gestation pour autrui conclu avec une femme russe par un couple italien dont il fut ultérieurement établi qu'ils n'avaient aucun lien biologique avec l'enfant. Après épuisement des voies de recours, les requérants ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme. Ils ont invoqué l'éloignement de l'enfant et le refus des autorités italiennes de reconnaître, par la transcription du certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil italien, la filiation établie à l'étranger. La Cour a rejeté la requête après avoir conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 de la Convention. La Cour a estimé, compte tenu de l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les requérants, la courte durée de la relation avec l'enfant et la précarité juridique des liens entre eux, ce malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs, que l'existence d'une vie familiale entre l'enfant et les requérants n'était pas établie. Elle a, toutefois, considéré que les mesures prises par l'Etat relevaient de la vie privée des requérants. Sur ce point, elle a jugé légitime la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'Etat pour reconnaître un lien de filiation -uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière - dans le but de protéger les enfants. Cet arrêt, rendu en Grande Chambre, a également admis que les juridictions italiennes, ayant notamment conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, avaient ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, tout en demeurant dans les limites de la marge d'appréciation dont elles disposaient.

La transcription des actes de naissance, dès lors qu'elle serait admise comme mode de reconnaissance du lien de filiation, donnerait immédiatement aux parents et à l'enfant un titre qui leur permettrait d'apporter la preuve de la filiation. En ce sens, elle serait conforme à l'impératif de "célérité" auquel la CEDH fait référence dans son avis. Mais donnerait-elle toutes les garanties en ce qui concerne le contrôle *in concreto* du juge, au vu des circonstances de la cause, de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui constitue un autre élément sur lequel se fonde l'avis consultatif ?

## **2 - L'adoption de l'enfant par la mère d'intention**

Aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour de cassation permet la transcription du père d'intention, père biologique, mais l'interdit en ce qui concerne la mère d'intention. Pour cette dernière, ainsi que pour le père d'intention, qui n'est pas le père biologique de l'enfant, la voie de l'adoption - mais seulement cette voie - est ouverte.

Pour la 1<sup>re</sup> chambre civile, "*ce refus de transcription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, au regard du but légitime poursuivi ; qu'en effet, d'abord, l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité française aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger ; qu'ensuite, en considération de l'intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle ; qu'enfin, l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père*" (1<sup>re</sup> Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n° 15-28.597).

La Cour européenne des droits de l'homme, dans son avis consultatif, relève que "*ce qui compte c'est qu'au plus tard lorsque, selon l'appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé, il y ait un mécanisme effectif permettant la reconnaissance de ce lien. Une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien*" (§ 54). Si elle indique que "*le gouvernement français fait ainsi valoir qu'entre le 7 juillet 2017 et le 2 mai 2018, la quasi-totalité des demandes d'adoption entre conjoints concernant des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui ont été satisfaites*", elle "*relève cependant que cette procédure n'est ouverte qu'aux parents d'intention mariés*" et que "*de plus, il ressort notamment des observations en intervention du Défenseur des droits que des incertitudes persistent quant aux modalités de l'adoption de l'enfant du conjoint dans ce contexte, s'agissant par exemple de la nécessité d'obtenir le consentement préalable de la mère porteuse*" (§ 57).

Avant de s'interroger sur la question de savoir si le recours à la seule adoption permet d'assurer le niveau des exigences imposées par la Cour européenne des droits



de l'homme en ce qui concerne le respect de l'article 8 de la Convention (B), il convient de procéder à un bref rappel des conditions légales et des effets de l'adoption en droit interne (A).

### **A - Conditions légales et effets de l'adoption en droit interne**

Qualifiée de "*filiation élective*"<sup>7</sup>, l'adoption résulte d'un jugement rendu par le tribunal de grande instance, qui crée un lien juridique de filiation entre deux personnes qui ne sont pas en principe liées génétiquement. Elle ne relève pas de la filiation par procréation mais d'une manifestation de volonté. Institution présente dans le droit romain<sup>8</sup>, disparue avec le droit canon, qui ne connaissait que la filiation légitime, l'adoption a été réintroduite dans notre droit par le code civil en 1804. Elle était alors soumise à des conditions très restrictives en ce qui concerne l'âge requis pour l'adoptant et l'adopté. Ses effets étaient limités, les liens avec la famille d'origine n'étant pas rompus. Après la Première Guerre mondiale, la question de l'adoption est revenue à l'ordre du jour en raison du nombre important d'orphelins. La loi du 19 juin 1923 a donc ouvert le recours à l'adoption, en l'élargissant notamment aux enfants mineurs. Le décret-loi du 29 juillet 1939 a institué la légitimation adoptive, qui, par l'effet d'un jugement, intégrait entièrement l'enfant dans sa famille adoptive. Après la Seconde Guerre mondiale, à partir de la fin des années cinquante, les conditions de l'adoption ont été assouplies par une série de textes<sup>9</sup>, qui ont eu également pour objet de prévenir les conflits entre les familles adoptives et les familles par le sang<sup>10</sup>.

Finalement, en 1966, le législateur a procédé à une refonte du dispositif. La loi n°66-500 du 11 juillet 1966 judiciarise entièrement l'institution: l'adoption, qu'elle soit plénière ou simple, requiert la décision d'un juge. Le texte poursuit le rapprochement entre l'adoption plénière - ancienne légitimation adoptive -, réservée aux mineurs de 15 ans, et la filiation légitime. L'adoption simple, ouverte même si l'adopté est majeur, préserve les liens avec la famille d'origine. La loi a créé, en outre, un régime spécifique pour les couples mariés.

La loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 est venue ensuite assouplir les conditions de l'adoption. La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a, en revanche, posé des restrictions à l'adoption dans certaines hypothèses. Mais la loi n°96-604 du 5 juillet

---

<sup>7</sup> Claire Neirinck, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP G* 1997, I, n°4067.

<sup>8</sup> L'institution était également connue à Byzance. Il existait alors, selon Justinien, deux types d'adoption, une *adoptio minus plena*, dans laquelle l'adopté demeurait dans sa famille d'origine et une *adoptio plena*, en vertu de laquelle les parents disposaient de la puissance paternelle ( Ph. Malaurie, L; Aynés et H. Fulchiron, Droit de la famille LGDJ, n°1401, qui cite M. Prévost, Les adoptions politiques à Rome sous la république et le principat, th. Paris, 1949).

<sup>9</sup> Loi n°57-498 du 17 avril 1957, ordonnance n°58-1306 du 23 décembre 1958, loi n°60-1370 du 21 décembre 1960 et loi n°63-213 du 1<sup>er</sup> mars 1963.

<sup>10</sup> Affaire Novack, Ass. plén., 10 juin 1966, pourvoi n° 64-11.924, Bull. Ass. Pl. n° 4.

1996, dite loi Mattéi, du nom de son rapporteur, a eu pour objectif d'améliorer le processus de l'adoption, afin de le rendre "*plus simple, plus sûr et plus juste*".<sup>11</sup> La loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 a harmonisé les pratiques d'agrément, créé l'Agence française de l'adoption, et réorganisé l'adoption internationale. Dernière en date, la loi n°2013-404 du 17 mai 2013, dite mariage pour tous, en donnant la possibilité à deux personnes du même sexe de se marier, a autorisé le couple à adopter conjointement un enfant. Un époux, seul, peut adopter l'enfant de son conjoint.

Le droit interne français distingue ainsi deux types d'adoption, l'adoption plénière qui substitue de manière irrévocable la filiation adoptive à la filiation biologique, et l'adoption simple qui crée un lien de parenté avec l'adoptant tout en maintenant le lien existant avec la famille d'origine (a). Par ailleurs, la loi a aménagé un régime spécifique pour l'adoption de l'enfant du conjoint (b).

#### a - Adoption simple et adoption plénière

Les conditions de fond ne sont, en réalité, pas très éloignées d'un type d'adoption à l'autre, notamment en ce qui concerne la qualité d'enfant adoptable, le consentement de l'adopté, et la nécessité d'une décision judiciaire. Mais sur certains points, les deux régimes divergent. Il en est ainsi s'agissant de l'âge de l'adopté. Ainsi que le rappellent des auteurs<sup>12</sup>, "*la destruction de la filiation d'origine et la pleine parenté à laquelle conduit en principe l'adoption plénière se conçoit avant tout à l'égard des jeunes enfants. L'adoption simple, au contraire, s'accommode d'un âge plus avancé*". En application du premier alinéa de l'article 345 du code civil, "*l'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de quinze ans, accueillis au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois*"<sup>13</sup>. Certes, le législateur a prévu que l'on pouvait déroger à cette limite d'âge. L'adoption peut être demandée pendant toute la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité, si ce dernier a plus de quinze ans et a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge (article 345, alinéa 2 du code civil). Notons, qu'en revanche, l'adoption simple est possible "*quel que soit l'âge de l'adopté*". Dans les deux hypothèses, si l'adopté a plus de treize ans, il devra consentir à l'adoption.

L'adoption plénière peut être demandée, soit par "*deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans*" (article 343 du code civil). L'article 343-1 du même code prévoit la possibilité pour un célibataire de plus de vingt-huit ans d'adopter seul un enfant. Sauf à démontrer

---

<sup>11</sup> Loi n°96-604 du 5 juillet 1996, exposé des motifs.

<sup>12</sup> François Terré, Charlotte Goldie-Genicon et C... Fenouillet, Droit civil - La famille, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, n°762 et 763.

<sup>13</sup> Avant la loi de 1966, la légitimation adoptive n'était possible que pour un enfant de moins de sept ans.

l'existence de "justes motifs", "*les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que les enfants qu'ils se proposent d'adopter. Si ces derniers sont les enfants de leur conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de dix ans*". Un agrément administratif est nécessaire lorsque l'adoption est hors du cadre familial.

L'adoption simple et l'adoption plénière se distinguent également dans leurs effets. L'adoption plénière a pour effet de substituer une filiation adoptive à une filiation par le sang, et ce de manière définitive, en raison du caractère irrévocable de ce mode d'établissement de la filiation. Elle entraîne la destruction du lien de filiation biologique et la rupture avec la famille d'origine. Pour certains auteurs<sup>14</sup>, "*elle est une transplantation*". Il est exact que l'assimilation est forte. L'adopté perd le nom de sa famille d'origine et acquiert le nom de l'adoptant (article 357, alinéa 1<sup>er</sup> du code civil). Selon l'article 358 du code civil, "*l'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre*". L'adoptant est investi de la fonction parentale et le droit commun de l'obligation alimentaire s'applique. L'enfant adopté sous la forme d'une adoption plénière a une vocation successorale dans la famille de l'adoptant.

L'adoption simple laisse coexister les liens par le sang. L'article 364 du code civil énonce ainsi que "*l'adopté reste dans sa famille d'origine*". Le nouveau nom de l'adopté est constitué d'une adjonction. Mais, comme dans l'adoption plénière, l'enfant entre dans la famille de l'adoptant et devient créancier d'aliments. Les père et mère de l'adopté ne lui doivent, cependant, des aliments que s'il ne peut en obtenir de l'adoptant (article 367 du code civil).

Les conditions de l'adoption simple restent moins contraignantes que celles de l'adoption plénière. En ce qui concerne l'adopté, l'adoption simple est possible pour un enfant de plus de 15 ans. Elle peut donc s'adresser à un majeur. L'adopté doit également consentir à l'adoption s'il a plus de treize ans. Pour ce qui est de l'adoptant, les conditions sont les mêmes que celles requises pour l'adoption plénière. Là encore, une décision du juge judiciaire est requise. Dans les deux cas, celui-ci doit vérifier que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, et si l'adoptant a des enfants, elle ne doit pas être de nature à compromettre la vie familiale (article 353,2° sur renvoi de l'article 361 du code civil).

En matière successorale, selon l'article 368 du code civil, l'adopté simple et ses descendants ont, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits successoraux qu'un enfant par le sang mais ils n'ont cependant pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant. A cette différence relative aux droits successoraux, s'ajoute un régime fiscal particulier. En effet, afin d'éviter des adoptions simple à seule finalité successorale, ne se fondant sur aucune réalité familiale, le code général des impôts (CGI), dans son article 786,3°, prévoit que pour la perception de droits de mutation à titre gratuit, il n'est pas tenu compte des liens de parenté résultant de l'adoption simple. L'adopté simple est donc privé des abattements instaurés au profit des descendants.

---

<sup>14</sup> Ph. Malaurie, L. Aynés et H. Fulchiron, Droit de la famille, LGDJ, n°1410.

Toutefois, un certain nombre d'exceptions sont énumérées par le texte, notamment au profit d'enfants issus du premier mariage du conjoint de l'adoptant, mais également des adoptés mineurs au moment du décès de l'adoptant ou d'adoptés mineurs au moment de la donation consentie par l'adoptant qui, pendant cinq ans au moins, ont reçu de celui-ci des secours et des soins non interrompus au titre d'une prise en charge continue et principale, et de ceux qui, soit dans leur minorité et pendant cinq ans au moins, soit dans leur minorité et leur majorité et pendant dix ans au moins, auront reçu de l'adoptant des secours et des soins non interrompus au titre d'une prise en charge continue et principale.

Dans une décision du 28 janvier 2014 (décision n° 2013-361 QPC), le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution les alinéas 1 et 5 de ce texte. Ecartant les griefs de rupture d'égalité devant la loi et devant les charges publiques, le Conseil a notamment jugé qu'« *en excluant en principe la prise en compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, le législateur s'est fondé sur les différences établies dans le code civil entre l'adoption simple et l'adoption plénière* » (cons. 10), après avoir rappelé ces différences aux considérants 7 et 8 de la décision commentée. Il a, d'autre part, considéré qu'« *en réservant le cas des adoptés ayant reçu de l'adoptant des secours et des soins non interrompus dans les conditions prévues par le cinquième alinéa de l'article 786 du code général des impôts, le législateur a entendu atténuer les effets de la différence de traitement résultant du premier alinéa du même article afin de prendre en compte les liens particuliers qui sont nés d'une prise en charge de l'adopté par l'adoptant* » (cons. 10). Pour être tout à fait exhaustive, il convient de préciser que l'article 786 du CGI a été modifié par la loi n°2016-1917 du 29 décembre 2016 - art. 9 - qui a élargi les dérogations déjà existantes.

Notons, enfin, qu'à la différence de l'adoption plénière, l'adoption simple est révocable pour motifs graves (article 370 du code civil).

#### b - le régime spécifique applicable à l'adoption de l'enfant du conjoint

Parallèlement à ces deux types d'adoption, le législateur a créé un régime particulier applicable à l'adoption de l'enfant du conjoint. Cette adoption peut être simple ou plénière. Mais elle obéit à des règles spécifiques, plus souples. En effet, afin de faciliter l'intégration de l'enfant du conjoint dans la famille de celui-ci, le législateur a édicté des conditions moins strictes. Ainsi, en application de l'article 343-2 du code civil, l'adoptant de l'enfant du conjoint n'est pas tenu par la condition d'âge minimum de vingt-huit ans prévue par l'article 343-1 de ce code. La condition de différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté, fixée, en principe, à quinze ans, est, dans ce cas, réduite à dix ans. Si l'adoption est plénière, elle n'anéantit pas le lien de filiation établi à l'égard du conjoint (article 356 du code civil).

Mais le législateur n'a pas voulu non plus qu'une telle adoption vienne briser le lien de filiation qui pouvait exister entre l'enfant et une autre personne que son conjoint. Aussi l'article 345-1 du code civil réserve l'adoption plénière de l'enfant du conjoint à un certain nombre de cas:

- 1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;
- 1° bis Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ;
- 2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale;
- 3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

L'adoption de l'enfant du conjoint ne concerne que les couples mariés. Elle n'est ouverte ni aux deux partenaires unis par un pacte civil de solidarité (PACS) ni aux concubins (article 346 du code civil). Pour la CEDH, cette différence de traitement n'est pas constitutive d'une violation de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, arrêt du 15 mars 2012, n°25951/07, affaire Gas et Dubois c/ France et CEDH, arrêt du 19 février 2013, affaire X et alii c/ Autriche, n°19010/07).

### **B - Les garanties offertes par l'adoption au regard des exigences de l'article 8 de la Convention**

Pour une partie de la doctrine, le recours à l'adoption entre l'enfant et la mère d'intention assure la conciliation des impératifs en présence (respect du principe d'ordre public de l'interdit de la gestation pour autrui en France et nécessité de conférer un statut à l'enfant) <sup>15</sup>.

Le professeur Hugues Fulchiron souligne ainsi que *“la solution retenue par la Cour de cassation dans les arrêts du 5 juillet 2017 ne satisfera sans doute ni les adversaires de toute forme de reconnaissance, directe ou indirecte, de la GPA (à quoi sert de rappeler la prohibition de la GPA au nom de la protection de l'enfant et de la mère porteuse, si on permet aux parents commanditaires de valider la situation illégalement créée grâce à une adoption?), ni les partisans d'une reconnaissance de principe de la parenté d'intention (est-il acceptable de créer une parenté à deux vitesses, celle du père biologique et celle de l'homme et de la femme qui a construit le projet parental ?). Elle permet cependant de concilier l'interdiction de principe de la GPA et la protection de l'enfant. L'équilibre jurisprudentiel n'est certainement pas parfait. Au législateur de prendre ses responsabilités”*<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Pour n'en citer que quelques uns, Marie-Christine Le Boursicot, “Autorisation donnée par la Cour de cassation à l'adoption de l'enfant issu d'une GPA par le parent d'intention époux (se) de son père génétique”, *RJPF 2017*, n°9; A. Dionisi -Peyrusse “Gestation pour autrui: l'acte de naissance n'a pas à être transcrit en ce qu'il désigne la mère d'intention mais l'adoption par le parent d'intention peut être envisagée!”, *AJ Famille 2017*, p.482.

<sup>16</sup> Hugues Fulchiron, “La Cour de cassation consacre la parenté d'intention”, *D. 2017*, p.1737.

Si l'étude réalisée par le Conseil d'Etat à la demande du Premier ministre<sup>17</sup> fait apparaître certaines difficultés liées à cette solution, elle aboutit cependant à cette même conclusion. Elle relève en effet *“que le fait de devoir recourir à l'adoption pour le parent dépourvu de lien biologique, certes contraignant, n'est pas inadapté, qu'en outre les contrôles que cette procédure implique apparaissent nécessaires pour éviter de faire produire des effets aux pratiques de GPA les plus inacceptables. Aussi, la solution actuelle semble respecter un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et le souci du maintien de l'interdiction de la GPA”*.

Cette analyse pourrait être confortée par le constat selon lequel le droit de la filiation est dominé aujourd'hui par le principe d'égalité. La loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, qui a abrogé les dernières dispositions de l'inégalité statutaire concernant les enfants adultérins, a consacré l'égalité des droits et devoirs des enfants. Elle a, en effet, inséré, dans le chapitre premier alors consacré aux *“Dispositions communes à la filiation légitime et naturelle”*, un nouvel article 310 rédigé en ces termes : *“tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux”*. Avec l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005, ce texte est devenu, aujourd'hui, l'article 310 du code civil qui énonce que *“ tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux”*.

Par la suppression de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, l'ordonnance de 2005 a tranché un débat millénaire. Enfants nés en mariage et enfants nés hors mariage ont désormais le même accès à l'établissement de la filiation<sup>18</sup>. On peut dire qu'aujourd'hui, tant les effets de la filiation que les conditions d'établissement du lien, c'est le principe d'égalité qui prédomine. Du fait de la consécration de ce principe d'égalité, le choix de telle ou telle voie pour la reconnaissance de la filiation ne pourrait-il pas, en lui-même, être considéré comme neutre?

Cela étant, d'autres auteurs sont plus réservés sur cette voie unique de l'adoption. Ainsi, pour Mme Amélie Dionisi-Peyrusse<sup>19</sup>, *“l'adoption ne pourra pas toujours être une voie porteuse. On pense notamment aux cas dans lesquels l'adoption serait jugée non conforme à l'intérêt de l'enfant, à l'hypothèse d'un refus d'y consentir de la part du parent désigné dans l'acte transcrit, ou encore à l'absence de mariage*

---

<sup>17</sup> Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, *“Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?”*, p.87 (étude à la demande du Premier ministre adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018).

<sup>18</sup> Il faut réserver le cas de l'enfant incestueux, qui a un accès restreint à l'établissement de la filiation. L'article 310-2 du code civil dispose que *“ s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit.”*

<sup>19</sup> Amélie Dionisi-Peyrusse, *“Gestation pour autrui: l'acte de naissance n'a pas à être transcrit en ce qu'il désigne la mère d'intention mais l'adoption par le parent d'intention peut être envisagée!”*, *AJ Famille 2017*, p.482.

*entre ce parent et l'adoptant. Si l'adoption est refusée au nom de l'intérêt de l'enfant, l'absence d'adoption pourrait trouver grâce aux yeux des juges de Strasbourg. Dans les autres cas, l'absence d'adoption pourrait être considérée comme une violation du respect de la vie privée et/ou familiales de l'enfant et/ou des parents d'intention. En outre, en présence d'un lien biologique à l'égard de la mère d'intention qui aurait fourni des ovocytes, la voie de l'adoption pourrait ne pas être jugée satisfaisante par la CEDH qui, rappelons-le, estime que l'établissement d'une filiation biologique est un élément important de l'identité. La CEDH n'a jamais défini la maternité biologique mais il est possible de penser que celle-ci ne se réduit pas à l'accouchement. Or, puisque l'adoption n'est pas censée refléter les origines, il n'est pas certain que l'établissement de la filiation par cette voie à l'égard de la mère génétique réponde aux exigences du droit au respect de la vie privée de l'enfant'.*

A propos de l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, le Défenseur des droits, M. Jacques Toubon, auditionné le 9 octobre 2018 par la Mission d'information de la Conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique à l'Assemblée nationale, a indiqué que *« cette solution est naturellement séduisante, mais elle crée un décalage dans le temps très important en matière d'établissement de la filiation entre le parent biologique et celui d'intention, qui doit attendre la fin de la procédure d'adoption. Cela peut avoir des conséquences très négatives pour l'enfant en cas de décès d'un des parents ou de séparation. C'est ce qui a été reproché à la solution de l'adoption, qui est possible dans l'état actuel du droit – c'est la voie retenue jusqu'à présent. Autres difficultés, il y a une atteinte à la liberté individuelle car il faut être marié, l'autre parent peut refuser son consentement, et enfin les décisions de justice sont encore incertaines dans ce domaine: la Cour d'appel de Paris a récemment ordonné une adoption plénière par le conjoint du père d'un enfant – il s'agissait d'un couple de deux hommes – mais le TGI d'Évry a rendu une décision discordante le 4 septembre 2017. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le recours à la GPA à l'étranger ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption par l'époux du père de l'enfant né de cette procréation si les conditions légales de l'adoption sont réunies et que celle-ci est conforme à l'intérêt de l'enfant. Le Conseil d'État a récemment estimé que la solution actuelle, c'est-à-dire l'adoption, "semble respecter un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et le souci du maintien de l'interdiction de la GPA" – sous réserve, toutefois, des inconvénients que sont l'incertitude et la durée de la procédure ».*

On peut, cependant, noter que la Cour européenne des droits de l'homme, dans son avis consultatif, relève que *"l'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les Etats de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. Ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant - qui s'apprécie avant tout in concreto plutôt qu'in abstracto - c'est que ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé"* (§ 52). A cet égard, le régime juridique de l'adoption, lequel requiert l'intervention d'un juge, dont l'office est de vérifier que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, et qu'elle n'est pas de nature à compromettre la vie familiale (article 353 du code civil), paraît en lui-même en adéquation avec les exigences de l'article 8 de la Convention.

Mais, ce constat n'efface pas les difficultés inhérentes à la situation particulière des enfants nés par GPA à l'étranger et les questionnements qu'elles ont pu engendrer. Certains points semblent aujourd'hui réglés. C'est notamment le cas de la question -

soulevée par certains et notamment par le Défenseur des droits - de savoir si, en application de l'article 348, alinéa 1<sup>er</sup> du code civil<sup>20</sup>, la mère de substitution doit consentir à l'adoption. La réponse est négative dès lors que, dans les hypothèses de GPA, la filiation n'est pas établie à l'égard de la mère de substitution. La pratique des juridictions du fond semble, dans l'ensemble, incliner en ce sens. La CEDH indique, à cet égard, dans son avis consultatif, que *“le gouvernement français fait ainsi valoir qu'entre le 5 juillet 2017 et le 2 mai 2018 la quasi-totalité des demandes d'adoption entre conjoints concernant des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui ont été satisfaites”* (§ 57).

En revanche, d'autres problématiques demeurent en suspens. On peut relever, d'abord, que cette voie de l'adoption est fermée aux couples non mariés. C'est là un des points névralgiques du dispositif. Ainsi que le souligne un auteur<sup>21</sup>, *“l'adoption de l'enfant du concubin n'est pas interdite en France. Toutefois, en étant soumise au droit commun de l'institution, elle est, en fait, impraticable. Si elle est plénière, elle rompt le lien de filiation entre le parent biologique et l'enfant; si elle est simple, elle retire à ce parent son autorité parentale.”* A ce jour, la Cour de cassation n'a, à notre connaissance, jamais été confrontée à un litige relatif à des enfants nés d'une GPA à l'étranger conclue par un couple non marié. Si la question se présentait, n'y aurait-il pas une réelle difficulté? Une autre fragilité de cette construction juridique résulte de la problématique de la durée de la procédure d'adoption, durée pendant laquelle un couple pourrait se séparer. La mère d'intention pourrait se heurter au refus du père d'intention, père biologique de l'enfant. Ils ont, certes, porté, tous les deux, un projet destiné à contourner l'interdiction de la gestation pour autrui en France. Mais, en l'absence d'accord du père, la conséquence qui en résulterait pour la mère et l'enfant serait-elle proportionnée?

En ce qui concerne, plus particulièrement la demande de réexamen soumise à l'assemblée plénière, on observera qu'elle concerne des personnes désormais majeures. A... et B... X... sont nées toutes les deux le [...]. Il est donc légitime de se demander si une adoption plénière serait encore envisageable, alors que celle-ci est réservée à l'enfant de moins de 15 ans. Certes, selon l'article 345 alinéa 2 du code civil, l'adoption plénière peut être demandée pendant toute la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité, si ce dernier a plus de quinze ans et a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge.

Toutefois, est-il possible de considérer que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 et les arrêts de la Cour de cassation du 5 juillet 2017 ont créé des conditions légales permettant l'adoption des jumelles X..., alors qu'au moment où elles ont été accueillies au foyer des époux X..., ce cadre légal n'existait pas? Une telle interprétation de l'article 345, alinéa 2 du code civil laisserait à A... et B...

---

<sup>20</sup> Article 348, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil: *“Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption”*.

<sup>21</sup> Pascale Salvage-Gerest, *“Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, premiers dilemmes pour les autorités françaises (à propos de la gestation pour autrui)”*, *AJ Famille* 2019, p.289.



X... un délai d'une année pour obtenir une adoption plénière. Cependant, la question demeure inédite et la réponse est, en l'état, incertaine.

Si, en revanche, une telle interprétation de l'article 345, alinéa 2, ne pouvait être retenue, la seule voie ouverte, en l'état de la jurisprudence de notre Cour, serait l'adoption simple. Dans ses observations complémentaires après avis consultatif de la CEDH, Me Spinozi fait valoir que cette adoption "*n'implique que des droits réduits pour ces enfants, notamment en ce qu'elle n'est plus irrévocable et peut conduire à des différences en matière de succession vis-à-vis des grands-parents*". A ses yeux, "*l'exigence européenne selon laquelle le mode de reconnaissance de la filiation maternelle doit conduire aux mêmes effets que la transcription ne sera pas respectée via l'adoption*". La question qu'il pose ainsi est donc celle de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce, le recours à l'adoption simple n'aurait pas pour effet de placer les jumelles X... dans une situation d'inégalité par rapport aux autres enfants issus de GPA, qui, eux, ont directement accès à l'adoption plénière en application de la jurisprudence de notre Cour. Autrement dit, la question est de savoir si une telle solution n'aurait pas un effet discriminant à leur égard?

Au vu de ces développements, il appartiendra à l'assemblée plénière de s'interroger sur le point de savoir si, de manière générale, le recours à la seule adoption pour reconnaître la filiation d'un enfant d'une gestation pour autrui a ou non pour effet de placer le droit interne français en deçà des exigences découlant de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telles qu'elles sont affirmées par la CEDH, et si de manière particulière - *in concreto* - pour les jumelles X..., une satisfaction suffisante de ces garanties peut être assurée par le recours à l'adoption simple.

### **3 - La possession d'état : une autre voie ?**

Dans ses observations complémentaires après avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, Me Spinozi demande à la Cour de cassation de "*casser et annuler l'arrêt rendu le 18 mars 2010 par la cour d'appel de Paris **sans renvoi** en considération expresse de la filiation établie par la possession d'état constatée par acte de notoriété dressé par le tribunal d'instance de Charenton-le-Pont le 11 mai 2018*".

Ce conclusif des observations complémentaires peut susciter des interrogations s'agissant de sa recevabilité. Cette question évoquée, nous examinerons la problématique posée.

Il ne s'agit pas d'un nouveau moyen de cassation de l'arrêt du 18 mars 2010. Peut-on parler de prétention nouvelle dans le cadre de la demande de cassation sans renvoi ? Le dispositif des observations se fonde sur un acte de notoriété dressé par le tribunal d'instance de Charenton-le-Pont le 11 mai 2018. Les époux X... avaient demandé la transcription de cet acte de notoriété sur les registres de l'état civil au procureur de la République près le TGI de Nantes, lequel leur a indiqué d'attendre

l'issue de la procédure devant la Cour de cassation. L'acte de notoriété n'a donc pas été transcrit. Mais il n'a pas fait l'objet, à notre connaissance, d'une action en contestation de la possession d'état.

Si l'assemblée plénière s'estimait saisie d'une demande nouvelle, dans le cadre d'un règlement au fond du litige, elle devrait, d'abord, se demander si elle est recevable. Or, fidèle à la *summa divisio* du droit de la filiation entre les modes d'établissements non contentieux de la filiation et les modes d'établissement contentieux, la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation - mais c'était également l'esprit de l'arrêt d'assemblée plénière de 2015 - distingue de manière très stricte les différentes actions, celles qui tendent à obtenir un titre d'état civil et celles qui ont pour objet la reconnaissance ou la contestation d'une filiation. Ainsi, la 1<sup>re</sup> chambre civile juge-t-elle que lorsqu'une cour d'appel est saisie d'une demande de transcription d'un acte de naissance sur les registres de l'état civil, elle n'est pas tenue de répondre aux conclusions inopérantes relatives à la possession d'état des enfants (Voir par exemple, 1<sup>re</sup> Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n° 15-28.597, Bull. 2017, I, n° 163).

Cela étant, on peut observer, à la lecture de l'arrêt attaqué, qu'à titre reconventionnel, M et Mme X... avaient notamment demandé à la cour d'appel "*de juger de plus fort, au vu du constat de la personnalité juridique des enfants depuis leur naissance reposant sur leur titre et leur possession d'état d'enfants légitimes depuis le [...], le procureur irrecevable et mal fondé en ses prétentions tendant à démontrer la fausseté des informations contenues dans le jugement rendu le 14 juillet 2000 par la Cour suprême de la Californie, qui les a déclarés 'père et mère des enfants à naître', et de celles contenues dans les actes de naissance dressés le [...], et de juger qu'au visa de l'article 47 du code civil, dans sa version antérieure au mois de novembre 2003, rien ne s'oppose au maintien de la transcription des actes de naissance de leurs enfants*". Au vu de ces éléments, il appartiendra à l'assemblée plénière de trancher, au préalable, ce point.

Le cadre procédural étant posé, il convient de revenir à la question de fond. La possession d'état pourrait-elle constituer un autre mode d'établissement de la filiation entre l'enfant né d'une gestation pour autrui et la mère d'intention, susceptible d'être mis en oeuvre dès lors que la procédure en adoption ne pourrait aboutir ou serait insuffisante au regard des exigences de la Convention ?

La 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation a fermement exclu ce mode d'établissement de la filiation s'agissant du père d'intention, qui n'est pas le père biologique, dans un avis du 18 mars 2018, dans lequel elle affirme que "*le juge d'instance ne peut délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie*" (Avis de la Cour de cassation, 7 mars 2018, n° 17-70.039). La raison en est simple : en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a expressément exclu qu'un lien de filiation puisse être établi à l'égard de deux personnes de même sexe, si ce n'est par l'adoption. Qu'en est-il de la situation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention ?

#### A - Les conditions et les effets de la possession d'état

Issue du droit canonique, la possession d'état a été supplantée par l'avènement de l'écrit, notamment avec l'ordonnance de Blois sur les registres paroissiaux (1579) et l'ordonnance de Colbert sur la procédure (1667). Utilisée quelques temps à l'égard des protestants après la révocation de l'édit de Nantes (1685), elle a ensuite progressivement disparu avec "*l'édit de tolérance*" par lequel Louis XVI a rendu un état civil aux protestants.

Dans le code de 1804, elle a seulement une fonction probatoire, limitée à la filiation légitime. A défaut d'acte, elle permettait d'établir la filiation. C'est la loi du 3 janvier 1972 qui lui donnera une nouvelle renaissance. L'ancien article 320 du code civil prévoyait alors, qu'en l'absence d'acte de naissance, la possession d'état suffisait à établir le lien de filiation légitime. Ce texte est venu également répondre, en partie, à une controverse juridique née au XIX<sup>ème</sup> siècle sur le rôle de la possession d'état en matière de filiation naturelle. Demolombe avait, en effet, défendu la théorie selon laquelle la possession d'état constituait en elle-même un mode d'établissement de la filiation. La jurisprudence n'avait pas consacré cette construction<sup>22</sup>. La réforme de 1972 a donc été perçue par une partie de la doctrine comme faisant de la possession d'état un mode de preuve autonome de la filiation naturelle. Il fut donc suggéré par certains auteurs d'admettre une action déclarative d'état, qui ne tendrait pas à la recherche d'une paternité ou d'une maternité, mais à constater l'une ou l'autre - et par là-même distincte par sa nature des actions en recherche de paternité et de maternité -. Un projet de réforme a été préparé. Sur proposition de Jean Foyer, la loi du 25 juin 1982 a modifié ainsi l'article 334-8 du code civil : "*la filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement*". L'ordonnance du 4 juillet 2005 est venue conforter cet état du droit.

Pour certains auteurs, la loi ne fait plus donc de la possession d'état un mode subsidiaire de l'établissement de la filiation. Ainsi que le soulignent François Terré, Charlotte Goldie-Genicon et C... Fenouillet<sup>23</sup>, "*si l'article 316 n'admet la reconnaissance que lorsque la filiation n'est pas établie (par l'acte de naissance), l'article 317 ne prévoit rien de tel au sujet de la possession d'état. On se souvient pourtant que, sous l'empire de la loi du 3 janvier 1972, l'article 320 précisait que la possession d'état d'enfant légitime permettait d'établir la filiation à défaut de l'acte de naissance. La circulaire du 30 juin 2006 affirme pourtant que l'ordonnance maintient la possession d'état comme mode d'établissement non contentieux de la filiation, lorsque celle-ci ne résulte pas de l'effet de la loi, ni de la reconnaissance. On pourrait éventuellement, en ce sens, faire valoir que les articles 310-1 et 3 ont implicitement consacré une hiérarchie des modes de preuve, et que le silence de l'article 317 vient de ce que l'objet du texte n'est pas d'admettre le rôle probatoire de la possession d'état, mais seulement de déterminer les conditions de délivrance de l'acte de notoriété*".

---

<sup>22</sup> Arrêt Boissin, Civ. 17 fév.1851, Sirey 1851, 1, p. 161; D. 1851, 1, p. 113.

<sup>23</sup> François Terré, Charlotte Goldie-Genicon, C... Fenouillet, Droit civil - La famille, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> ed. n°539.

Par ailleurs, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a fait de la possession d'état un "verrou" permettant d'assurer la stabilité de certaines filiations. Ainsi, si, en application de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 333 du code civil <sup>24</sup>, la coexistence d'un titre et d'une possession d'état conforme n'interdit pas de remettre en cause la filiation, il n'en est plus de même lorsque la possession d'état est venue corroborer le titre pendant cinq ans. En outre, dix années de possession d'état ferment la porte à toute action en contestation de la filiation<sup>25</sup>.

Que recouvre cette notion ? La possession d'état correspond à "*l'apparence d'un état donné*"<sup>26</sup>. Elle est définie par les articles 311-1 et 311-2 du code civil. Le premier de ces textes énonce que "*la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir*". Le second dispose que "*la possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque*". La possession d'état se caractérise donc par des éléments constitutifs (a). Elle doit, en outre, réunir un certain nombre de qualités (b).

**a. - La possession d'état suppose la réunion de trois éléments constitutifs: le *tractatus*, la *fama* et le *nomen*.** Notons que l'ordonnance du 4 juillet 2005 a inversé l'ordre de la trilogie, pour toucher au plus près la réalité de la possession d'état.

Le *tractatus* est constitué, selon l'article 311-1 du code civil "*par le fait que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents*". Il faut également que "*ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation*". Le droit se fonde donc sur des faits, des comportements correspondant aux rapports habituels entre parents et enfants. Pour le Doyen Carbonnier, elle est "*un complexe objectif des habitudes*"<sup>27</sup>.

Des auteurs<sup>28</sup> font remarquer que "*la possession d'état est également souvent présentée comme renvoyant à la filiation affective. S'il est exact que, fréquemment, le vécu quotidien aura tissé un lien affectif entre l'auteur et l'enfant, il est excessif de faire*

---

<sup>24</sup> Article 333 du code civil - *Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement.*

<sup>25</sup> Article 335 du code civil - *La filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte.*

<sup>26</sup> Lexique des termes juridiques Dalloz, 18<sup>ème</sup> ed, 2011, Possession d'état.

<sup>27</sup> J. Carbonnier, Droit civil, la famille, Thémis PUF, 21<sup>ème</sup> ed., 2003.

<sup>28</sup> François Terré, Charlotte Goldie-Genicon, C... Fenouillet, Droit civil - La famille, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> ed. n°525

*de l'affection un élément constitutif nécessaire de la possession d'état, car ni le tractatus ni la fama ne comportent nécessairement une telle dimension, par ailleurs absente du nomen: la possession d'état peut donc exister sans sentiment*".

La fama est constituée par le fait "que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille" et par celui "qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique". "Image externe du lien de parenté par opposition à la vision interne que constituait le tractatus, la fama traduit l'opinion, la commune renommée, partagée dans les trois cercles qui entourent l'enfant et ses parents : la famille, la société (le milieu), l'autorité publique : l'apparence de la filiation prend forme dans les regards de l'école, des caisses d'allocations familiales, des services fiscaux, des services sociaux et des églises"<sup>29</sup>.

Le nomen, élément aujourd'hui placé par le législateur en 3<sup>ème</sup> position, est le fait de porter le nom de famille de son père ou de sa mère. Ainsi que le souligne un auteur<sup>30</sup>, "comme dans le droit antérieur, le fait que l'enfant n'ait pas acquis ou qu'il ne porte pas à titre de nom d'usage, le nom du parent prétendu n'affecte pas l'existence de sa possession d'état et cette solution est encore plus réaliste désormais. Ainsi, le nom n'est pas à lui seul un élément déterminant de l'existence de la possession d'état. D'ailleurs, il résulte de l'établissement du lien de filiation, mais il n'en est pas une condition, même s'il implique l'exclusion a priori de la présomption "pater is est" dans l'article 313 du code civil".

**b. - La possession d'état doit, en outre, réunir un certain nombre de qualités.** Selon l'article 311-2 du code civil, elle "doit être continue, paisible, publique et non équivoque".

Le caractère continu de la possession d'état implique qu'elle soit stable et régulière. Avant la loi de 1972, l'ancien article 320 du code civil imposait que la possession d'état d'enfant légitime fût "constante". La jurisprudence admet des faits habituels bien que non permanents. Sont exclus des éléments isolés, épisodes ou qui ont disparu de longue date (1<sup>re</sup> Civ., 11 mars 1997, n° 95-12.406). La Cour de cassation laisse la durée des faits à l'appréciation souveraine des juges du fond (Voir notamment 1<sup>re</sup> Civ. 25 octobre 2005, n° 03-19.274).

La possession d'état doit être également paisible, publique et non équivoque. Par ces termes, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a consacré une solution jurisprudentielle. La Cour de cassation avait, en effet, transposé les solutions retenues en matière de droit des biens et exigé que la possession d'état soit exempte de vices, c'est-à-dire paisible, publique et non équivoque (1<sup>re</sup> Civ. 7 fév.1989, n° 87-338, Bull. civ.,I, n° 64).

---

<sup>29</sup> Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Hughes Fulchiron Droit de la famille, LGDJ, 6<sup>ème</sup> ed, n°995.

<sup>30</sup> Frédérique Granet-Lambrechts, in Dalloz Action Droit de la filiation, sous la direction de P. Murat, éd. 2016/2017, n°211-141.

La Cour de cassation a notamment jugé que n'est pas continue, paisible et non équivoque la possession d'état d'un enfant à l'égard du mari de sa mère, celle-ci ayant reconnu qu'elle avait entretenu des relations intimes à l'époque présumée de la conception avec un homme qui revendiquait sa paternité et qui avait contesté celle du mari peu de temps après la naissance (1<sup>re</sup> Civ. 19 mars 2008, n° 07-11.573).

Notons, enfin, que pour produire ses effets, la possession d'état doit être constatée, soit dans un acte de notoriété délivré dans les conditions de l'article 317 du code civil, soit par un jugement rendu conformément à l'article 330 du même code. En effet, pour des impératifs de sécurité juridique, *“la possession d'état, tant qu'elle n'a pas été constatée dans un tel acte, est insuffisante et ne saurait, en elle-même, établir le lien de filiation, que l'enfant soit né dans le mariage ou en dehors”*<sup>31</sup>.

L'acte de notoriété était, à l'origine, délivré par le juge d'instance. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a transféré la compétence au notaire. Selon les deux premiers alinéas de l'article 317 précité, *“l'acte de notoriété est établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins et de tout autre document produit qui attestent une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1. L'acte de notoriété est signé par le notaire et par les témoins. La délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance”*.

En application du troisième alinéa de l'article 317 du code civil et de l'article 1157-1 du code de procédure civile, la filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. L'acte fait foi jusqu'à preuve contraire. Il n'établit qu'une présomption simple de filiation. Il peut être contesté par tout intéressé dans les dix ans de la délivrance de l'acte (article 355 du code civil). Ni la délivrance de l'acte ni son refus ne peuvent donner lieu à un recours (article 311-3, alinéa 5 du code civil). Ce qui peut être contesté, c'est la possession d'état établie par l'acte dans le cadre d'une action en contestation (article 355 précité). Par ailleurs, si le requérant se heurte à un refus, il peut saisir le juge en constatation de la possession d'état en application de l'article 330 du code civil.

### B. - La possibilité d'un lien de filiation?

Dans l'arrêt du 6 avril 2011 concernant les époux H..., qui avaient engagé une action en transcription d'un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime à leur égard, et à titre subsidiaire, d'une action en constatation de la filiation paternelle, la Cour de cassation a jugé *“qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil et que*

---

<sup>31</sup> Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, CIV 2006-13 C1/30-06-2006, 1<sup>ère</sup> partie, I, 2.1.

*ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français (1<sup>re</sup> Civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130, Bull. 2011, I, n° 70).*

La Cour européenne des droits de l'homme, saisie par M. et Mme H..., a, dans un arrêt rendu le même jour que l'arrêt X..., le 26 juin 2014<sup>32</sup>, condamné la France pour violation de l'article 8 de la Convention en ce qui concerne l'enfant H.... Cet arrêt a-t-il remis en cause le raisonnement opéré par la Cour de cassation relativement à la possession d'état ? Pour le professeur Hugues Fulchiron<sup>33</sup>, *“si le père d'intention est le père biologique, il devrait pouvoir établir sa filiation par possession d'état : GPA ou pas, il est le père et, au nom du droit de l'enfant au respect de son identité, il doit pouvoir établir sa filiation selon les modalités prévues en droit interne. Pour la mère d'intention, en revanche, qui ne serait que mère d'intention, la possession d'état qu'elle aurait créée à l'égard de l'enfant reste plus que douteuse ; on sait que la femme dont la maternité est en jeu n'est pas la mère biologique ; on sait qu'elle n'est pas la femme qui a accouché ; on sait que la situation repose sur un contrat de gestation pour le compte d'autrui prohibé en droit français. La possession d'état semble donc viciée. Ce serait, en dénaturer le sens et la fonction, en en faisant, en toute connaissance de cause, un substitut de l'adoption. La Cour de cassation ayant ouvert la voie de la reconstruction de la filiation pour établir le lien de parenté d'intention, c'est cette voie qu'il faut suivre”*.

Ces différences opérées entre le père biologique et la mère d'intention au regard de l'établissement de la filiation par possession d'état conservent-elles toute leur acuité alors que, dans son avis consultatif, après avoir affirmé qu'un lien de filiation doit être reconnu à l'égard de la mère d'intention dès qu'il s'est concrétisé, la Cour relève également que *“bien que le litige interne ne concerne pas le cas d'un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et conçu avec les gamètes de la mère d'intention”, elle “juge important de préciser que, lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige<sup>34</sup>, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas”* (§ 47) ? C'est une question qui devra être discutée.

On peut, au demeurant, observer que cette question de la possession d'état a été mise dans les débats devant la Cour européenne à l'occasion, notamment de l'affaire Foulon et Bouvet c/ France (CEDH, arrêt du 21 juillet 2016, affaire Foulon et Bouvet c/ France, n° 9063/14 et 10410/14) au sujet du père biologique. Dans cette affaire, la Cour prend le soin de préciser qu'elle *“prend bonne note des indications du Gouvernement”* sur ce point. Mais elle relève *“que le Gouvernement entend déduire de ce nouvel état du droit positif français que le troisième requérant et les quatrième et cinquième requérants ont désormais la possibilité d'établir leur lien de filiation par la voie*

---

<sup>32</sup> CEDH, arrêt du 26 juin 2014, affaire H... c/ France, n° 65941/11.

<sup>33</sup> Philippe Malaurie, Hughes Fulchiron, Droit de la famille, LGDJ, 6<sup>ème</sup> ed, n° 1003.

<sup>34</sup> C'est-à-dire lorsque l'enfant a été conçu à l'étranger par une GPA avec les gamètes du père d'intention.

de la reconnaissance de paternité ou par celle de la possession d'état ; il indique à cet égard que ces voies juridiques paraissent aujourd'hui envisageables<sup>35</sup>. La Cour en déduit "considérant les circonstances de l'espèce", qu'elle "ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires X... et H...". Les mêmes arguments seront développés par le gouvernement français dans l'affaire Laborie (CEDH, arrêt du 19 janvier 2017, affaire Laborie c/ France, n° 44024/13). Dans ce nouvel arrêt, la Cour reprend les mêmes arguments que dans les affaires Foulon et Bouvet. Se fondant sur les arrêts X... et H..., et après avoir relevé que "le droit français a en tout état de cause fait obstacle durant quatre ans et huit mois à la reconnaissance juridique de ce lien de filiation", elle constate "qu'elle ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires X... et H...".

On notera, par ailleurs, que d'autres auteurs considèrent, au contraire, que la voie de la possession d'état est ouverte. Aux yeux de Laurence Brunet et Laurence Roques<sup>36</sup>, "aucun obstacle ne semble s'opposer en droit français à ce que ce mode d'établissement de la filiation soit utilisé pour consacrer le lien entre l'enfant et la mère d'intention qui ne lui a pas donné naissance mais qui en prend soin et l'élève depuis sa naissance". Elles soulignent notamment que "dans les cas de GPA réalisés à l'étranger, l'enfant est remis à la mère d'intention dès la naissance, la possession d'état peut donc se créer dès le début de la vie, sans que quoi que ce soit puisse la rendre équivoque, aucun lien avec la femme porteuse n'étant établi au regard du droit étranger. Il ne semble pas que la circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation qui qualifiait d'équivoque la possession d'état sollicitée pour contourner l'interdiction de la gestation pour autrui (§ 2.3.2) puisse encore être opposée : à l'heure où la CEDH enjoint aux Etats membres de reconnaître la double filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents d'intention, en leur laissant le choix des moyens, peut-on encore admettre que la GPA puisse vicier la possession ? Rappelons que l'article 311-15 du code civil dispose que "si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère". Ne faut-il pas comprendre que c'est la réalité de la possession d'état, telle qu'elle s'est constituée en France, qui compte, et non pas son origine ou le mode de conception de l'enfant ?".

A cet égard, il est sans doute utile de rappeler que les articles 311-1 et 331-2 du code civil ne viennent pas exiger que la possession d'état soit l'expression de la vérité biologique. Pour François Terré, Charlotte Goldie-Genicon et C... Fenouillet, "la possession d'état correspond, le plus souvent, à la vérité biologique: celui (ou celle) qui se comporte comme un père (ou une mère) est généralement le père (ou la mère). Les effets de la possession d'état s'expliquent alors par le *plerum que fit*. Mai il n'en est pas

---

<sup>35</sup> Après avoir relevé le caractère hypothétique de la formule dont use le Gouvernement, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté que les intéressés contestaient cette thèse et que le Gouvernement n'en tirait aucune conclusion quant à la recevabilité ou au bien-fondé de la requête.

<sup>36</sup> Laurence Brunet et Laurence Roques, "La filiation à l'égard de la mère d'intention après GPA passe-t-elle exclusivement par l'adoption?", *D. Actualités*, 7 mai 2019.



*toujours ainsi: la possession d'état peut relier l'enfant à un étranger par le sang. En pareil cas, le législateur en tient compte, le cas échéant, tout comme il fait produire ses effets à la possession d'un droit, même lorsque le possesseur n'est pas le véritable titulaire du droit: la possession d'état correspond à une réalité sociologique digne en elle-même d'être prise en considération*<sup>37</sup>.

Pour Frédérique Granet-Lambrecht<sup>38</sup>, *“avec la possession d'état, on quitte l'arithmétique des prescriptions relatives à la conception pour pénétrer le flou non quantifiable des liens du coeur qui se tissent au fil du temps. La possession d'état, c'est l'autre vérité, sociologique et affective, qui peut aussi fonder le lien de filiation depuis la loi de 1972. Elle peut venir en conformité ou en contradiction avec la vérité biologique”*. On peut observer d'ailleurs que la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation juge *“qu'en matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique”* (1<sup>re</sup> Civ. 16 juin 2011, n° 08-20.475).

Mais, au delà de cette dissociation théorique entre possession d'état et vérité biologique, il faut garder à l'esprit que la possession traduit une apparence, une apparence de filiation. On peut ainsi se demander s'il serait possible d'appliquer, en l'état du droit de la filiation, ce mode d'établissement de la filiation en cas de double maternité ou de double paternité, dès lors qu'en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a expressément exclu qu'un lien de filiation puisse être établi à l'égard de deux personnes de même sexe, si ce n'est par l'adoption. C'est d'ailleurs la solution qui a été retenue par la 1<sup>re</sup> chambre civile dans son avis du 18 mars 2019. L'ouverture de cette voie, de manière générale, ne risquerait-elle pas de faire naître la question de la rupture d'égalité entre couples de même sexe et couples de sexes différents ?

Trois voies s'offrent donc à la Cour de cassation pour solutionner cette affaire : la transcription de l'acte de naissance en ce qu'il mentionne les deux parents d'intention, le recours à la seule adoption, fût-elle simple, pour la mère d'intention, et l'élargissement à d'autres modes d'établissement de la filiation, comme la possession d'état.

Il appartiendra donc à l'assemblée plénière de déterminer parmi ces solutions laquelle sera la plus à même de régler ce litige, né il y a plus de quinze ans, et qui revient devant l'assemblée plénière après une condamnation retentissante par la Cour européenne des droits de l'homme. La question n'est pas simple. La réponse ne le sera pas moins. *“Ce qui est simple est faux. Ce qui ne l'est pas est inutilisable”* a écrit Paul Valéry<sup>39</sup>. Entre ces deux écueils qu'il faudra éviter, c'est un point d'équilibre, dans le

---

<sup>37</sup> François Terré, Charlotte Goldie-Genicon et C... Fenouillet, Droit civil - La famille, Précis Dalloz 9<sup>ème</sup> ed. n° 523.

<sup>38</sup> Frédérique Granet-Lambrecht, *in* Dalloz Action Droit de la famille, sous la direction de P. Murat, 2016/2017, 7<sup>ème</sup> éd., n° 211.101.

<sup>39</sup> Paul Valéry (1871-1945), Mauvaises pensées et autres, 1942, *in* Oeuvres, Tome II, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade 1960, p. 864.

respect de l'article 8 de la Convention, qu'il appartiendra à la Cour de cassation de trouver.