



COUR DE CASSATION

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 20 Septembre 2019 à 14 heures

**AVIS DE MONSIEUR LE PROCUREUR GÉNÉRAL
François MOLINS**

POURVOI N° S 10-19.053

Mme D... Z... épouse X...

M. C... X...

Mme A... X...

Mme B... X...

(ayant pour avocat, SCP Spinosi et Sureau)

C/

Le procureur général près la cour d'appel de Paris

L'association Arcilesbica

(ayant pour avocat, SCP Marc Levis)

Arrêt attaqué de la cour d'appel de Paris du 18 mars 2010

AVIS DE MONSIEUR LE PROCUREUR GÉNÉRAL
François MOLINS

1 - Faits et procédure	p. 3
2 - La procédure de réexamen du pourvoi	p. 4
2.1 - L'article L. 452-1 du code de l'organisation judiciaire	p. 4
2.2 - La recevabilité de la demande de reprise d'instance et des observations complémentaires	p. 6
3 - Les moyens, les textes visés et les questions de droit posées à la Cour de cassation	p. 7
3.1 - Les moyens du pourvoi	p. 7
3.2 - Les textes visés par les moyens	p. 9
3.3 - Les questions de droit posées à la Cour de cassation	p. 9
4 - L'évolution jurisprudentielle de l'action en transcription d'un jugement étranger à l'état civil français établissant la filiation d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger	p. 10
4.1 - L'évolution jurisprudentielle de la Cour de cassation au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	p. 10
4.2 - L'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme	p. 15
4.3 - Résumé de l'état jurisprudentiel	p. 17
5 - L'action en transcription des consorts X...	p. 18
5.1 - L'arrêt attaqué	p. 18
5.2 - Les conséquences de cet état jurisprudentiel sur l'action des consorts X... en transcription des actes étrangers sur les registres de l'état civil	p. 19
5.2.1 - Les conséquences sur l'action en transcription à l'égard du père d'intention	p. 19
5.2.2 - Les conséquences sur l'action en transcription à l'égard de la mère d'intention	p. 21
5.2.2.1 - Le refus de la transcription de la filiation de la mère d'intention lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui	p. 21
5.2.2.2 - La voie de l'adoption écartée au bénéfice de la possession d'état	p. 23
5.2.2.3 - L'office du juge de cassation	p. 26
5.2.2.4 - La mention en marge de l'acte de naissance de la possession d'état de Mme X...	p. 29
5.2.2.4.1 - La possession d'état	p. 29
5.2.2.4.2 - L'acte de notoriété	p. 30
6 - La portée de la décision	p. 37

1 - Faits et procédure

Mme D... et M. C... X... ont engagé une procédure aux fins de voir transcrire sur les registres de l'état civil français les actes de naissance de deux enfants jumelles, A... et B..., nées le [...], en Californie (Etats-unis d'Amérique), à la suite d'une convention de gestation pour autrui, issue de gamètes fécondées provenant de M. X... et d'une amie du couple.

Par jugement du 14 juillet 2000, la cour supérieure de l'état de Californie a déclaré M. C... X... "père génétique" et Mme D... X... "mère légale".

Le 25 novembre 2002, le ministère public a fait transcrire par le consulat général de France à Los Angeles les actes de naissance sur les registres du service central d'état civil de Nantes.

Par jugement du 13 décembre 2005, le tribunal de grande instance de Créteil a déclaré le ministère public irrecevable en sa demande d'annulation de la transcription du 25 novembre 2002 des actes de naissance sur les registres d'état civil.

Par arrêt du 25 octobre 2007, la cour d'appel de Paris a confirmé ledit jugement.

Par arrêt du 17 décembre 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel au motif que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité de transcription et renvoyé les parties devant la cour d'appel de Paris¹.

Par arrêt du 18 mars 2010, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement, déclaré l'action du ministère public recevable et annulé la transcription sur les registres du service central d'état civil de Nantes, des actes de naissance établis par le comté de San Diego (Californie) désignant M. C... X... et Mme D... X... en qualité de père et mère des enfants A... X... et B... X...

[Par arrêt du 6 avril 2011](#), la première chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de Mme D... X... et de M. C... X...².

Par arrêt du 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'en faisant obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement, en droit interne, du lien de filiation à l'égard du père biologique, la France était allée au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation (§100). Elle a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée³.

Par arrêt du [16 février 2018](#)⁴, la Cour de réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes, instaurée par la loi du 18 novembre 2016, a fait droit à la demande de réexamen du pourvoi en cassation formé par Mme D... et M. C... X... contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 mars 2010, en application des dispositions de l'article L.452-1 du code de l'organisation judiciaire. Elle a ajouté que la procédure se poursuivrait devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

¹ 1re Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468, Bull. 2008, I, n° 289

² 1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, Bull. 2011, I, n° 72

³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt X... c/France n°65941/11, 26 juin 2014

⁴ Cour de réexamen n°17 RDH 001 du 16 février 2018

Par acte de notoriété du 11 mai 2018, le tribunal d'instance de Charenton-Le-Pont a constaté le lien de filiation par possession d'état de M. C... X... et de Mme D... X... avec B... et A... X...

Dans le cadre de ce réexamen, par [arrêt du 5 octobre 2018](#), l'assemblée plénière de la Cour de cassation a saisi la Cour européenne des droits de l'homme d'une demande d'avis, sur le fondement du Protocole n°16 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu [son avis le 10 avril 2019](#)⁶ relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention.

Le 15 avril 2019, Mmes B... et A... X..., devenues majeures le 25 octobre 2018, ont déposé un mémoire en reprise d'instance.

Le 24 avril 2019, l'association Arcilesbica est intervenue volontairement à l'instance sans déposer de mémoire.

Le 24 mai 2019, Mme D... X..., M. C... X..., Mme A... X... et Mme B... X... ont déposé des observations complémentaires aux termes desquelles ils demandent à la Cour de cassation de casser et d'annuler l'arrêt du 18 mars 2010 de 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.

2 - La procédure de réexamen du pourvoi

Avant d'examiner les moyens soulevés et les questions de droit posées à la Cour de cassation, il convient de préciser le contexte et le cadre procédural dans lesquels la Cour va réexaminer ce dossier.

La loi n° 2016-1547 du 16 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21ème siècle a créé une Cour de réexamen des décisions civiles.

2.1 - L'article 452-1 du code de l'organisation judiciaire

L'article [L. 452-1 du code de l'organisation judiciaire](#) précise que cette Cour a pour mission *“le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes (qui) peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même Convention ne pourrait mettre un terme”*.

Certains auteurs ont souligné que : *“Cette innovation est importante puisqu'elle permet de donner une effectivité, pour la seule matière de l'état des personnes, aux décisions de la Cour*

⁵ Ass. plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° 10-19.053

⁶ Cour européenne des droits de l'homme, avis consultatif rendu en Grande Chambre relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, 10 avril 2019, demande n° P16-2018-001

européenne des droits de l'homme, comme le souhaitent évidemment les justiciables qui ne peuvent pas se satisfaire d'obtenir gain de cause devant cette Cour si, parallèlement, leur situation n'est pas concrètement modifiée par la suite"⁷.

Dès la création de la Cour de réexamen des décisions civiles, la doctrine a souligné le fait que le contentieux récurrent concernant la gestation pour autrui pourrait être rapidement concerné par la nouvelle procédure⁸.

L'amendement, parfois dit «X...», instituant une Cour de réexamen des décisions civiles en matière d'état des personnes visait donc à éviter de futures condamnations en matière de convention de gestation pour autrui.

C'est ainsi, sans surprise et précisément à propos de ce contentieux, que les premières décisions rendues par la Cour de réexamen ont porté sur des arrêts relatifs à la transcription d'actes de naissance d'enfants issus de conventions de gestation pour autrui à l'étranger, et spécialement sur les arrêts X... et Bouvet, rendus en application des articles L. 452-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire.

Par arrêt du 16 février 2018, la Cour de réexamen a jugé que la satisfaction équitable, en l'espèce, 5 000 € à chaque enfant pour le préjudice subi, n'avait pas mis un terme aux conséquences dommageables compte tenu de la nature et de la gravité des violations constatées du droit au respect de la vie privée d'un enfant tirées de l'impossibilité d'établir une filiation.

Elle a fait droit à la demande de réexamen du pourvoi en cassation formé par Mme D... et M. C... X... contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 mars 2010 et a dit que la procédure se poursuivrait devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

C'est dans ce contexte que l'assemblée plénière de la Cour de cassation est amenée à juger à nouveau cet arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 18 mars 2010.

C'est donc la première fois que la Cour de cassation va juger un pourvoi dans le cadre d'une procédure de réexamen en matière civile portant sur l'état des personnes.

Dans ce contexte la Cour de cassation devra statuer expressément et sans équivoque sur un certain nombre de questions inédites.

2.2 - La recevabilité de la reprise d'instance et des observations complémentaires

En page 7 de son rapport, Mme la conseillère s'interroge sur la recevabilité de la reprise d'instance par Mmes A... et B... X... et du dépôt des observations complémentaires suite à l'avis consultatif dans le cadre de ce réexamen.

⁷ François Mélin, Dalloz actualité 20 février 2018, La Cour de réexamen des décisions civiles prononce ses deux premiers arrêts

⁸ F. Chénéde, Réexamen d'une décision civile après condamnation par la CEDH, AJ fam. 2016. 595 ; A.-B. Caire, Vers un réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH, D. 2016 . 2152 ; A. Gouttenoire, Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger, JCP 2017. 1691 .

D'une part, s'agissant de la reprise d'instance, Mmes A... et B... X... ont qualité et intérêt à agir et sont recevables sur le fondement des [articles 369 et 373 du code de procédure civile](#) qui disposent que l'instance est interrompue par la majorité d'une partie et peut être reprise volontairement.

D'autre part, des observations complémentaires ont été déposées par les consorts X... le 24 mai 2019, suite à l'avis consultatif rendu par la Cour européenne des droits de l'homme.

A cet égard, Mme la conseillère se demande s'il faut transposer la solution retenue en matière de réexamen des décisions pénales par l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Celle-ci ayant jugé en 2002, que lorsqu'elle est saisie, aux fins de réexamen, elle statue en l'état des seuls mémoires déposés lors de l'examen initial du pourvoi sur le fondement des [articles 626-3 et 626-4 du code de procédure pénale](#).

Or, cette solution ne saurait être retenue en l'espèce.

Premièrement, car les [articles 626-3 et 626-4 du code de procédure pénale](#) sur lesquels l'assemblée plénière s'est fondée en 2002 ont été abrogés par la loi n°2014-640 du 20 juin 2014, art. 3. Ils ont été remplacés par [les articles 624-7 et suivants du code de procédure pénale](#) qui prévoient expressément la possibilité de nouveaux débats contradictoires devant la juridiction de renvoi.

Deuxièmement, en matière pénale comme en matière civile, la procédure de réexamen du pourvoi a pour cause "une violation de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même Convention ne pourrait mettre un terme".

Elle impose par nature une approche nouvelle du litige afin de tenir compte des évolutions jurisprudentielles tant de la Cour de cassation que de la Cour européenne des droits de l'homme et particulièrement au regard de son avis consultatif du 10 avril 2019.

C'est d'ailleurs sur le fondement de ses propres évolutions jurisprudentielles en matière d'établissement du lien de filiation des enfants nés à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui et sur l'analyse de la Cour européenne dans son arrêt du 26 juin 2014, que la Cour de cassation a motivé sa demande d'avis consultatif dans son arrêt du 5 octobre 2018.

Le réexamen de ce pourvoi impose donc une analyse nouvelle au regard des évolutions jurisprudentielles compte tenu des changements de circonstances de droit et de procédure.

Troisièmement, [l'article 1031-22 du code de procédure civile](#), créé par décret n°2017-396 du 24 mars 2017, art. 4, dispose que : "Lorsque la cour de réexamen fait droit à une demande en réexamen du pourvoi du requérant, la procédure se poursuit devant l'assemblée plénière". Force est de constater qu'il n'interdit ni aux parties de prendre de nouvelles écritures, ni, a fortiori, à la Cour de cassation de statuer sur celles-ci.

Au surplus, pour les juridictions de renvoi, on notera que [l'article 1031-23 du code de procédure civile](#), créé par le décret n°2017-396 du 24 mars 2017, art. 4, dispose que "lorsque la cour de réexamen renvoie l'affaire devant une juridiction du fond, les règles de saisine et de procédure sont celles applicables aux juridictions de renvoi après cassation". Or, sur le fondement des [articles 631 et suivants du code de procédure civile](#) (relatifs au pourvoi en cassation), les parties peuvent prendre de nouvelles écritures devant la juridiction de renvoi.

Il résulte de ce qui précède que dès lors que la loi ne prévoit pas expressément de conditions particulières dans le cadre de la procédure de réexamen qui se poursuit devant l'assemblée plénière, il n'y a pas lieu d'en ajouter, de sorte que dans le cadre d'une procédure de réexamen en matière civile, la Cour de cassation ne peut pas statuer en l'état des seuls mémoires déposés lors de l'examen initial de ce pourvoi.

On ajoutera qu'en matière d'état des personnes, l'écoulement du temps est un facteur important, faisant évoluer le litige, évolution que le juge doit prendre en considération pour statuer et dont il ne peut s'abstraire. Ainsi en est-il lorsque des enfants sont en cause et qu'ils sont devenus majeurs. En l'espèce, le premier jugement du tribunal de grande instance de Créteil datant du 13 décembre 2005, la Cour est saisie d'un litige portant sur l'état des personnes ayant évolué sur plus de quinze années.

Enfin, il convient de souligner que les observations complémentaires ont été déposées après l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme, avis sur lequel la Cour de cassation va s'appuyer afin de rendre sa décision. Par suite, afin de garantir le respect du contradictoire consacré à [l'article 16 du code de procédure civile](#), ces observations complémentaires doivent être admises.

Il serait en effet paradoxal de permettre à la Cour de cassation de se fonder sur l'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme et, pour autant, de le refuser aux demandeurs en écartant leurs dernières observations formulées sur la base de cet avis.

Il résulte de ce qui précède, que l'ensemble des écritures des consorts X... déposées dans le cadre de la procédure de réexamen du pourvoi devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation sont recevables.

Le cadre procédural dans lequel la Cour de cassation doit réexaminer ce pourvoi étant délimité, il convient de rappeler les moyens, les textes visés par les moyens et les questions de droit posées à la Cour de cassation.

3 - Les moyens, les textes visés et les questions de droit posées à la Cour de cassation

3.1 - Les moyens du pourvoi

Mmes A... et B... X... reprennent à leur compte l'ensemble des demandes figurant dans les écritures déposées par leurs représentants légaux.

Dès lors, il convient de se reporter au mémoire ampliatif du 10 novembre 2010, déposé dans le cadre du pourvoi formé par Mme D... X... et M. C... X... contre l'arrêt de la cour d'appel du 18 mars 2010.

Le pourvoi présente un moyen unique articulé en cinq branches résumé par [M. Domingo, avocat général, dans son avis](#) rédigé en 2011 pour le premier examen de cet arrêt devant la Cour de cassation, comme suit :

La première branche conteste la contrariété à l'ordre public international de la décision du juge étranger reconnaissant la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse.

Les deuxième et troisième branches invoquent la convention de New-York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant. Les dispositions édictées par ce traité international qui devaient prévaloir sur la loi interne en vertu de l'article 55 de la Constitution ont été méconnues, spécialement l'article 3 § 1 en ce que la cour d'appel n'a pas assuré la prééminence de l'intérêt

supérieur de l'enfant en rendant une décision qui prive les deux fillettes d'état civil en France et les expose aux difficultés qui résultent de cette situation.

Les deux dernières branches relèvent une atteinte aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où l'annulation de la transcription des actes de naissance prive les enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard des époux X... avec lesquels ils forment une véritable famille, et les rend ainsi victimes d'une discrimination injustifiée en leur interdisant d'acquérir la nationalité de leurs parents, à raison de faits qui ne leur sont pas imputables.

En outre, aux termes de leurs dernières écritures du 24 mai 2019, les consorts X... demandent à la Cour de cassation de casser et d'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 conformément aux dispositions de l'article 1157-1 du code de procédure civile.

A cet égard, il convient de souligner que la question de la possession d'état avait déjà été abordée puisqu'en page 4 de l'arrêt du 18 mars 2010, la cour d'appel de Paris a rappelé les demandes des époux X... et notamment :

“à titre encore plus subsidiaire,

- 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 [...] “.

Sur quoi la cour d'appel a jugé que :

“Considérant que l'action du ministère public ne vise pas à contester l'état des enfants, mais à écarter les effets en France de leur état civil établi aux Etats-Unis, de sorte que le moyen relatif à la possession d'état est inopérant;”

Dans leurs écritures du 23 mai 2018, en page 15, les époux X... ont d'ailleurs rappelé que : *“Les actes de naissance californiens des filles X... sont en outre conformes à la réalité de la possession d'état d'enfants légitimes de Mme X..., **comme les exposants le soulignaient justement dans leurs écritures d'appel (ibid., p.17-20)**”.*

Dès lors, la demande de constater la filiation établie par la possession d'état et de la porter en marge des actes de naissance n'est pas nouvelle puisqu'elle avait été évoquée devant la cour d'appel.

3.2 - Les textes visés par les moyens

L'article 3, § 1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant : *“Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale”.*

L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales:
"1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

L'article 14 de cette Convention : "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation."

[L'article 1157-1 du code civil](#), modifié par décret n°2006-640 du 1 juin 2006, art. 19 : "Le juge qui délivre l'acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant en donne aussitôt avis au procureur de la République du lieu où est détenu l'acte de naissance de l'intéressé.

Le procureur de la République fait procéder à la mention du lien de filiation ainsi établi en marge de l'acte de naissance de l'enfant."

3.3 - Les questions de droit posées à la Cour de cassation

Le litige porte sur une action en transcription à l'état civil français d'un jugement étranger qui établit la filiation d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger, interdite en France.

Ainsi les questions posées à la Cour de cassation peuvent être résumées comme suit :

- L'ordre public international fait-il obstacle à la transcription à l'état civil français d'un jugement étranger qui établit la filiation d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger ?

- Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative, l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la Convention de New York et le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention européenne des droits de l'homme permettent-ils d'en écarter les effets ?

- Le cas échéant, une fois la transcription à l'état civil du jugement étranger réalisée, peut-on porter en marge d'un acte de naissance la mention de la possession d'état ?

- L'ensemble de ces questions amènera nécessairement une réflexion sur l'office du juge de cassation dans le cadre d'une procédure de réexamen en matière civile, conjuguée à une réflexion sur l'opportunité de statuer au fond sans renvoi.

Pour y répondre il convient de faire un rappel de l'évolution jurisprudentielle sur la transcription à l'état civil français d'un jugement étranger qui établit la filiation d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger (IV) puis de la confronter à l'arrêt de la cour d'appel du 18 mars 2010 pour en tirer les conséquences sur la transcription sollicitée et la mention en marge de l'acte de naissance de la possession d'état (V).

4 - L'évolution jurisprudentielle de l'action en transcription d'un jugement étranger à l'état civil français établissant la filiation d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger

A titre liminaire, il convient de préciser que la gestation pour autrui ou “maternité de substitution” est une technique de procréation par laquelle une femme dite “mère porteuse” accepte de porter et de mettre au monde un enfant à la demande d’un couple, les parents d’intention, pour le lui remettre à la naissance en renonçant à tous ses droits.

4.1 - L’évolution jurisprudentielle de la Cour de cassation au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme

Les principaux éléments de cette évolution jurisprudentielle sont extraits du rapport de Mme la conseillère Le Cotty au soutien du pourvoi du 20 mars 2019, n°18-50.006.

Elle rappelle en sept étapes les évolutions intervenues depuis 1991 :

1) Dans [l’arrêt d’assemblée plénière du 31 mai 1991](#), la Cour de cassation a énoncé que la convention par laquelle la femme s’engageait, fût-ce à titre gratuit, à concevoir un enfant pour l’abandonner à sa naissance, contrevenait “tant au principe d’ordre public de l’indisponibilité du corps humain qu’à celui de l’indisponibilité de l’état des personnes”⁹.

Elle en a déduit que l’adoption de l’enfant par la mère d’intention, épouse du père, ne pouvait être prononcée, cette adoption n’étant que l’ultime phase du processus d’ensemble, qui constituait un détournement de l’institution de l’adoption.

2) La consécration légale de l’interdit est intervenue avec la loi de bioéthique du 29 juillet 1994, qui a inséré [dans le code civil l’article 16-7](#), aux termes duquel “toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle”, l’article 16-9 précisant que cette disposition est d’ordre public.

La prohibition civile a par ailleurs été renforcée par un volet répressif [aux articles 227-12 et 227-13 du code pénal](#). On sait toutefois que des poursuites ne peuvent être engagées contre des ressortissants français que si les faits sont également punis dans la législation de ce pays.

Dans le prolongement de cette intervention du législateur, la Cour de cassation a exclu toute reconnaissance de la filiation en présence d’une convention de gestation pour autrui, quel que soit le mode d’établissement de cette filiation, qu’il s’agisse d’une adoption simple, d’une adoption plénière ou de la possession d’état¹⁰.

Mme la conseillère rappelle que “face à cet interdit de droit interne, les couples en désir d’enfant se sont déplacés à l’étranger, pour conclure des conventions de gestation pour autrui dans des Etats qui l’autorisent et, à leur retour, ont demandé la transcription de l’acte de naissance étranger de l’enfant, sur les registres français de l’état civil”.

⁹ Ass. Plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20.105, Bull. 1991, Ass. plén., n° 4

¹⁰ 1^{re} Civ., 29 juin 1994, pourvoi n° 92-13.563, Bull. 1994, I, n° 226 ; 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03.927, Bull. 2003, I, n° 252 ; 1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, Bull. 2011, I, n° 70.

Cette formalité de transcription n'est pas obligatoire mais elle facilite la preuve de l'état civil auprès des administrations puisqu'elle permet de disposer d'un acte de l'état civil français. C'est la raison pour laquelle le contentieux s'est cristallisé, depuis quelques années, autour de cette formalité de transcription et, par suite, autour de [l'article 47 du code civil](#), qui concerne la force probante des actes de l'état civil étranger", et qui dispose que :

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

3) Par trois [arrêts du 6 avril 2011](#), la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la demande de transcription des actes de naissance étrangers des enfants ne pouvait prospérer dès lors qu'ils étaient nés de gestation pour autrui aux Etats-Unis¹¹.

Elle a jugé 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, convention frappée d'une nullité d'ordre public, fût-elle licitement conclue à l'étranger.

En effet, les actes de naissance américains obtenus par les couples ayant eu recours à une convention de gestation pour autrui mentionnaient comme mère légale la mère d'intention, c'est-à-dire celle qui avait eu recours à la convention de gestation pour autrui, en contrariété avec l'adage “*mater semper certa est*” : la mère est toujours certaine, car la mère est toujours celle qui a accouché.

Il a donc été jugé contraire aux principes essentiels du droit français de reconnaître la filiation d'une femme qui n'avait pas accouché de l'enfant.

La Cour de cassation a estimé que le refus de transcription de l'acte étranger ne portait pas atteinte au droit des enfants à une vie familiale normale et à leur intérêt supérieur dès lors qu'ils bénéficiaient d'un état civil et d'une filiation reconnus par le droit étranger et qu'ils vivaient normalement en France avec leurs parents d'intention.

4) En [septembre 2013](#), deux [arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation](#) ont confirmé la solution précédente mais dans des hypothèses différentes puisqu'il ne s'agissait plus de couples hétérosexuels mais d'hommes célibataires ayant eu recours à des conventions de gestation pour autrui en Inde. A la différence des affaires jugées en 2011, la mère porteuse indienne apparaissait sur les actes de naissance des enfants. C'était bien la femme ayant donné naissance aux enfants qui était désignée comme mère, de sorte qu'il n'y avait pas d'atteinte au principe essentiel de l'indisponibilité de l'état des personnes. En revanche, la première chambre civile a jugé que le fait, pour un homme français, de se rendre en Inde afin d'y obtenir ce que le droit français prohibe, constituait une fraude à la loi qui faisait obstacle à la transcription de

¹¹ 1^{er} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66.486, Bull. 2011, I, n° 71 et pourvoi n° 10-19.053, Bull. 2011, I, n°72 ; également 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, Bull. 2011, I, n° 70

l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes sur les registres de l'état civil français¹².

5) Mais, le 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans deux des trois affaires ayant donné lieu aux arrêts précités du 6 avril 2011, dont l'affaire "X..."¹³.

Le 21 juillet 2016, elle a également constaté une violation de l'article 8 de la Convention dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts de septembre 2013¹⁴.

Dans l'arrêt X..., la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté le grief de violation de l'article 8 de la convention, s'agissant du droit des parents au respect de leur vie familiale.

En revanche, l'atténuation de la marge d'appréciation des Etats, lorsque la filiation est en jeu, l'a conduite au constat d'une violation de l'article 8 de la Convention, s'agissant du droit au respect de la vie privée des enfants. Selon la Cour, ceux-ci se trouvent dans une situation d'incertitude juridique quant à leur filiation du fait du refus de transcription.

Cette "troublante incertitude" résulte notamment de l'impossibilité pour les enfants de se voir reconnaître la nationalité française. En outre, le défaut de reconnaissance de leur filiation entraîne une absence de droits légaux dans la succession à venir de leurs parents. Elle estime que se pose "une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant" (§ 99).

Puis elle ajoute que "*cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant*". En effet, pour la Cour européenne, la filiation biologique est fondamentale, "*en tant qu'élément de l'identité de chacun*". La prise en considération de l'intérêt de l'enfant apprécié in concreto et l'importance accordée à la filiation biologique ont ainsi conduit la Cour européenne à une appréciation différente de celle de la Cour de cassation, qui avait pris en compte l'intérêt de l'enfant in abstracto. La Cour européenne en a déduit "qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, la France était allée au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation (§ 100).

Conformément à sa jurisprudence du 15 avril 2011, aux termes de laquelle l'assemblée plénière de la Cour de cassation a énoncé que "*les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation*", la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence afin de se conformer aux arrêts de la Cour de Strasbourg.

¹² 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.315, Bull.2013, I, n° 176 et pourvoi n° 12-30.138, Bull. 2013, I, n° 176 ; dans le même sens : 1^{re} Civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005, Bull. 2014, I, n° 45.

¹³ CEDH, arrêt du 26 juin 2014, X... c.France, n° 65192/11 et CEDH, arrêt du 26 juin 2014, Labassée c. France n° 65941/11 : les pourvois des époux X... et Labassée avaient été rejetés par deux des arrêts précités du 6 avril 2011.

¹⁴ CEDH, 21 juillet 2016, arrêt Foulon et Bouvet c. France, n° 9063/14 et 10410/14

6) [Deux arrêts de l'assemblée plénière du 3 juillet 2015](#) ont tiré les conséquences des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en autorisant la transcription, sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance de deux enfants nés à l'étranger, sans que la convention de gestation pour autrui y fasse désormais obstacle, uniquement si l'acte est conforme à la réalité au sens de l'article 47 du code civil, tel qu'interprété par la Cour de cassation¹⁵.

En effet, la Cour a jugé que :

“Il résulte des articles 47 du code civil et 7 du décret n° 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité (arrêt n° 1, pourvoi n° 14-21.323 et arrêt n° 2, pourvoi n° 15-50.002).

Viole ces textes, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une cour d'appel qui, pour refuser la transcription d'un acte de naissance, établi en Russie, d'un enfant né dans ce pays, désignant l'homme de nationalité française qui l'a reconnu, en qualité de père, et la ressortissante russe qui en a accouché, en qualité de mère, retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité (arrêt n° 1, pourvoi n° 14-21.323).

Ayant constaté que l'acte de naissance, établi en Russie, d'un enfant né dans ce pays, désignant l'homme de nationalité française l'ayant reconnu, en qualité de père, et la ressortissante russe en ayant accouché, en qualité de mère, n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, une cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre les parents ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance (arrêt n° 2, pourvoi n° 15-50.002).”

Ainsi, l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français, celle-ci devant être accordée dès lors que l'acte est régulier et conforme à la réalité.

Restait en suspens la question de la transcription d'un acte de naissance étranger désignant la mère d'intention comme “mère”, alors que cette femme n'a pas accouché de l'enfant.

7) C'est à cette question qu'ont répondu [deux arrêts de la première chambre civile du 5 juillet 2017](#). Dans ces arrêts, la première chambre civile a jugé que les actes de naissance étrangers des enfants devaient être transcrits sur les registres français de l'état civil en ce qu'ils mentionnaient le père des enfants, dès lors qu'en l'absence de toute irrégularité ou falsification des actes, ils étaient a priori conformes à la réalité biologique, sauf preuve contraire, mais non en ce qu'ils désignaient comme mère une femme qui n'avait pas accouché. Comme évoqué précédemment, en droit français, la mère est toujours, aujourd'hui encore, celle qui a accouché, “*Mater semper*

¹⁵ Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323, Bull. n° 4, et Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002, Bull.21n° 4.

certa est”, et la conception française de l’état civil est celle d’un enregistrement des naissances. L’établissement de l’acte de naissance implique d’ailleurs la production de pièces attestant de la naissance et de l’accouchement. Il en résulte qu’un acte mentionnant une mère qui n’a pas donné naissance à l’enfant n’est pas conforme à la réalité des faits¹⁶.

Ainsi en application de cette règle, [par un troisième arrêt du même jour, la Cour de cassation](#) a considéré que le droit français ne permettait pas la transcription de l’acte de naissance en ce qui concerne la mère d’intention. Mais elle a opéré un revirement de jurisprudence en admettant l’adoption de l’enfant par l’époux ou l’épouse du père biologique dans les conditions prévues par la loi française pour l’adoption dans le cadre d’un mariage¹⁷.

Procédant à un contrôle de conventionnalité, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que ce refus de transcription de la filiation maternelle d’intention, lorsque l’enfant est né à l’étranger à l’issue d’une convention de gestation pour autrui, résultait de la loi au sens de l’article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, et poursuivait un but légitime en ce qu’il tendait à la protection de l’enfant et de la mère porteuse et visait à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil. Elle a ensuite jugé qu’au regard de ce but légitime poursuivi, ce refus ne portait pas une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée et familiale des enfants, consacré par le paragraphe 1 de l’article 8 de la Convention. En effet, il est constant, d’abord, que 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 de gestation pour autrui à l’étranger. Ensuite, selon une jurisprudence de la Cour de cassation initiée par deux arrêts d’assemblée plénière du 3 juillet 2015, 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. Enfin, opérant un revirement de jurisprudence par ses arrêts du 5 juillet 2017, la Cour de cassation a admis le recours à l’adoption entre les enfants et l’épouse du père, qui 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 à l’égard de la mère d’intention.

Certains¹⁸ s’interrogent sur le fait de savoir si, par cette jurisprudence, alors que l’assemblée plénière avait renoncé à sa position de principe sur l’ordre public international, la 1^{ère} chambre n’a pas réintroduit cet ordre public dans la condition de correspondance à la réalité posée par l’article 47 du code civil qui a été conçu, non pour écarter l’application de la loi étrangère, mais simplement pour écarter des actes étrangers qui ne seraient pas conformes en fait à la loi dont ils relèvent.

4.2 - L’avis consultatif de la Cour européenne des droits de l’homme

¹⁶ 1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-16.901, 16-50.025, Bull. 2017, I, n° 164 ;

¹⁷ 1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-16.455, Bull. 2017, I, n° 16.

¹⁸ Conseil d’Etat, 31 juillet 2019, section du contentieux, n°411984, M. Wallace c/ M. Tayllor, rapporteur public, M. Odinet

C'est dans ce contexte que l'assemblée plénière, saisie par la Cour de réexamen dans le cadre du présent pourvoi, a transmis, [par arrêt du 5 octobre 2018](#)¹⁹, une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme, précisant en son paragraphe 7 que :

“Si la question de la transcription de la paternité biologique est aujourd’hui résolue, il n’en est pas de même de celle de la maternité d’intention, pour laquelle la Cour de cassation s’interroge sur l’étendue de la marge d’appréciation dont disposent les Etats signataires de la Convention. La question qui se pose est, d’abord, de savoir si, en refusant de transcrire l’acte de naissance sur les registres de l’état civil français s’agissant de la mère d’intention, alors que la transcription a été admise pour le père biologique de l’enfant, un Etat-partie méconnaît l’article 8 de la Convention à l’égard tant de la mère d’intention que des enfants nés d’une gestation pour autrui à l’étranger. A cet égard, la Cour de cassation s’interroge sur le point de savoir s’il y a lieu de distinguer selon que l’enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d’intention. Enfin, se pose la question de savoir si la possibilité pour la mère d’intention d’adopter l’enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d’établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l’article 8 de la Convention.”

Les questions posées par la Cour de cassation dans sa demande d'avis consultatif sont ainsi formulées :

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 État-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ?

2. Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?

[L'avis de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 avril 2019](#) rendu à l'unanimité est riche d'enseignements.

Avant de donner son avis, la Cour européenne rappelle le contexte et la procédure dans lesquels s'inscrit la demande et délimite le champ de l'avis au regard des circonstances propres à l'affaire qui lui est soumise (§25 à 27).

Elle précise donc que *“La présente demande d’avis consultatif s’inscrit dans le contexte d’une procédure interne visant au réexamen du pourvoi en cassation des requérants dans l’affaire X..., affaire dans laquelle la Cour a conclu qu’il n’y avait pas eu violation du droit au respect de la vie familiale des requérants mais du droit au respect de la vie privée des enfants. Il apparaît ainsi que le litige interne porte sur la reconnaissance dans l’ordre juridique français, eu égard au droit au respect de la vie privée des enfants, d’un lien de filiation entre une mère*

¹⁹ Arrêt déjà cité, Ass. plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° 10-19.053

d'intention et des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui et issus des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, dans un cas où l'acte de naissance étranger peut faire l'objet d'une transcription en ce qu'il désigne le père d'intention dès lors qu'il est le père biologique des enfants.

Le litige interne ne concerne donc 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 du reste pas 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."

Puis la Cour européenne articule sa réponse en deux points :

En premier lieu, elle considère que le droit à la vie privée de l'enfant né à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui, au sens de l'article 8 de la Convention, impose à l'Etat de permettre la reconnaissance en droit interne de la filiation entre cet enfant et sa mère d'intention, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En second lieu, elle estime 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'efficacité et la célérité de sa mise en oeuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Elle précise en effet que le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas 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; mais simplement qu'il existe un mécanisme effectif de reconnaissance de ce lien, qui peut consister dans l'adoption par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en oeuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Comme souligné par le rapporteur public Guillaume Odinet dans ses conclusions précitées²⁰: *"rapproché des deux considérations déterminantes (...) des arrêts X... et Labassée de 2014, cet avis (...) paraît conforter, voire renforcer, celle qui était fondée sur l'intérêt de l'enfant et atténuer, au contraire, celle qui résidait dans l'importance des liens biologiques."*

4.3 - Résumé de l'état jurisprudentiel

En résumé, l'état jurisprudentiel appliqué au cas d'espèce est le suivant.

1/ En ce qui concerne le père d'intention - père biologique: transcription possible sur les registres de l'état civil du père biologique comme étant le père légal

²⁰ Conseil d'Etat, 31 juillet 2019, section du contentieux, n°411984, M. Wallace c/ M. Tayllor, rapporteur public, M. Odinet

L'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français, celle-ci devant être accordée dès lors que l'acte est régulier et conforme à la réalité conformément aux dispositions de l'article 47 du code civil tel qu'interprété par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation.

Ainsi, l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français en ce qu'il désigne le père biologique comme le père légal.

2/ En ce qui concerne la mère d'intention, pas de transcription possible de l'acte de naissance mais obligation de reconnaître un lien de filiation

En application de la règle "Mater semper certa est", la convention de gestation pour autrui fait obstacle à la transcription de l'acte de naissance en ce qui concerne la mère d'intention désignée comme mère légale.

Ainsi, en l'état de la jurisprudence, en présence d'un acte de naissance étranger mentionnant la mère d'intention comme la mère légale et le père biologique comme le père légal, la Cour de cassation permet une transcription partielle de l'acte étranger seulement en ce qu'il désigne le père biologique comme le père légal.

Mais la Cour de cassation admet l'adoption de l'enfant par l'époux ou l'épouse du père biologique dans les conditions prévues par la loi française pour l'adoption dans le cadre d'un mariage.

Dans les décisions X... et Labassée, la Cour européenne affirme que la situation de ces enfants nés de gestation pour autrui pose une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant dont le respect doit guider toute décision les concernant. Ainsi, dans le cadre des circonstances de fait propres à l'affaire qui lui a été soumise, la Cour européenne impose à l'Etat de permettre la reconnaissance en droit interne de la filiation entre cet enfant et sa mère d'intention, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Elle précise que l'article 8 de la *Convention*, ne requiert pas 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, elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en oeuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

C'est à l'aune de cet état jurisprudentiel et de l'avis consultatif que la Cour de cassation doit réexaminer le pourvoi.

5 - L'action en transcription des consorts X...

Il convient de confronter cet état jurisprudentiel à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 mars 2010 et d'en tirer les conséquences sur l'action des consorts X... en transcription des actes étrangers sur les registres de l'état civil établissant la filiation d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger.

5.1 - L'arrêt attaqué

La cour d'appel a motivé son arrêt du 18 mars 2010 comme suit :

“Considérant que, selon l'article 16-7 du code civil, dont les dispositions, qui sont issues de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 et qui n'ont pas été modifiées par la loi n°2004-800 du 6 août 2004, sont d'ordre public en vertu de l'article 16-9 du même code, toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ;

que, dès lors, l'arrêt de la Cour supérieure de l'État de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une convention de gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international ;

qu'en conséquence, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si une fraude à la loi a été réalisée, il y a lieu d'annuler la transcription, sur les registres du service central d'état civil français, des actes de naissance américains qui désignent Mme X... comme mère des enfants et d'ordonner la transcription du présent arrêt en marge des actes de naissance annulés ;

Considérant que les époux X..., qui ne peuvent sérieusement prétendre ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable, ne sont pas davantage fondés à soutenir qu'une telle mesure contrevient à des dispositions inscrites dans des conventions internationales et des textes de droit interne; qu'en effet, les notions qu'ils invoquent, en particulier celle de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne sauraient permettre, en dépit des difficultés concrètes engendrées par une telle situation, de valider à posteriori un processus dont l'illicéité, consacrée par le législateur français à la suite du juge, ressortit, pour l'heure, au droit positif; qu'en outre l'absence de transcription n'a pas pour effet de priver les deux enfants de leur état civil américain et de remettre en cause le lien de filiation qui leur est reconnu à l'égard des époux X... par le droit californien.”

Elle a statué comme suit :

“Annule la transcription, sur les registres du service central d'état civil de Nantes, des actes de naissance établis dans le comté de San Diego et désignant M. C... X... et Mme Z... épouse X... en qualité de père et mère des enfants A... X... et B... X....”

Force est de constater que la cour d'appel a considéré, sur le fondement des articles 16-7 et 16-9 du code civil, que la conclusion d'une convention de gestation pour autrui est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international, ce qui fait obstacle à la transcription sur les registres de l'état civil français d'un jugement étranger qui établit la filiation d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger.

Elle a donc annulé la transcription sur les registres de l'état civil des actes de naissance désignant Mme X... comme la mère et M. X... comme le père, sans distinguer la mère d'intention du père d'intention qui est également le père biologique.

Il convient de confronter cette décision rendue en 2010 à l'état jurisprudentiel actuel et d'en tirer les conséquences à l'égard de M. X... et de Mme X....

5.2 - Les conséquences de cet état jurisprudentiel sur l'action des consorts X... en transcription des actes étrangers sur les registres de l'état civil

Les conséquences de cet état jurisprudentiel sont limitées aux circonstances particulières de l'espèce, ce qui inclut explicitement deux éléments factuels selon lesquels les enfants nés de la gestation pour autrui sont issus des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse; le père d'intention a donc un lien biologique avec les enfants concernés contrairement à la mère d'intention et l'acte de naissance étranger désigne le père d'intention qui est le père biologique des enfants.

5.2.1 - Les conséquences sur l'action en transcription à l'égard du père d'intention

Au vu des éléments précédemment développés, il est désormais constant que la convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger ne fait plus obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français du père d'intention qui est le père biologique.

Dès lors et rapportée au cas d'espèce, la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil désignant M. X..., en qualité de père des enfants A... X... et B... X... est possible et doit être ordonnée.

L'arrêt de la cour d'appel encourt donc la cassation totale sur les première et quatrième branches réunies du moyen, pour avoir annulé dans son intégralité la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil désignant M. X... et Mme X... en qualité de père et mère des enfants A... X... et B... X..., sans avoir distingué la situation de Monsieur de celle de Madame.

En effet, en s'abstenant de le faire, la cour d'appel a considéré que quelles que soient les circonstances d'espèce, la convention de gestation pour autrui faisait obstacle à la transcription, ce qui n'est plus conforme à l'état actuel de la jurisprudence puisque la Cour de cassation distingue désormais la réalité biologique des parents d'intention. Dès lors, l'arrêt doit être cassé totalement.

La Cour de cassation peut ainsi juger que la cour d'appel, en statuant ainsi, alors qu'en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, le recours à une convention de gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, dès lors qu'il désigne comme père le père biologique, et alors que la situation du père devait être dissociée de celle de la mère d'intention, a violé ensemble l'article 3 §1 de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et en conséquence casse et annule l'arrêt de la cour d'appel du 18 mars 2010 sans renvoi.

Après avoir cassé totalement l'arrêt de la cour d'appel sans renvoi, la Cour de cassation devra statuer au fond, eu égard à l'ancienneté du litige, conformément [à l'article L.411-3 du code de procédure civile](#) qui dispose que :

“La Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond.

Elle peut aussi, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie."

Le décret n°2017-396 du 24 mars 2017 a modifié [l'article 1015 du code de procédure civile](#) qui impose désormais : *"lorsqu'il est envisagé de relever d'office un ou plusieurs moyens, de rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné ou de prononcer une cassation sans renvoi, le président de la formation ou le conseiller rapporteur en avise les parties et les invite à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe.*

Il en est de même lorsqu'il est envisagé de statuer au fond après cassation. En ce cas, le président de la formation ou le conseiller rapporteur précise les chefs du dispositif de la décision attaquée susceptibles d'être atteints par la cassation et les points sur lesquels il pourrait être statué au fond. Le cas échéant, il peut demander aux parties de communiquer, dans le respect du principe de la contradiction et selon les modalités qu'il définit, toute pièce utile à la décision sur le fond envisagée."

A ce titre, il conviendra d'ordonner la transcription sur les registres du service central d'état civil français des actes de naissance établis dans le comté de San Diego en ce qu'ils désignent M. C... X... en qualité de père des enfants A... X... et B... X...

Cette solution est satisfaisante car elle permet, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit de l'enfant au respect de sa vie privée, la reconnaissance d'un lien de filiation entre Mmes A... et B... X... nées d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et le père d'intention qui est le père biologique conformément aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt X... (§100-101), du 26 juin 2014 et rappelé dans son avis consultatif du 10 avril 2019 au §35.

Ainsi, il sera mis fin au litige pour la reconnaissance du lien de filiation paternelle dans les circonstances circonscrites de l'espèce susmentionnées.

5.2.2 - Les conséquences sur l'action en transcription à l'égard de la mère d'intention

5.2.2.1 - Le refus de la transcription de la filiation de la mère d'intention lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui

Au vu des éléments précédemment développés, il apparaît qu'en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation les actes de naissance précités qui désignent Mme X... comme la mère alors qu'elle n'a pas accouché des enfants, ne sont pas conformes à la "réalité" de l'article 47 du code civil telle qu'interprété par la première chambre civile, de sorte qu'elle ne peut en demander la transcription à l'état civil.

Il convient toutefois de signaler que cette interprétation de l'article 47 du code civil est très largement remise en cause par une décision du Conseil d'Etat en date du 31 juillet 2019 qui, dans une affaire d'acquisition de la nationalité par naturalisation au profit d'un enfant issu d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger, a jugé que *"si le ministre chargé des naturalisations pouvait, dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation dont il dispose en la matière, refuser de faire droit à la demande de naturalisation de M. Wallace en prenant en*

considération la circonstance que celui-ci avait eu recours à la gestation pour le compte d'autrui, prohibée en France par les dispositions du code civil, une telle circonstance ne pouvait en revanche, alors qu'il n'est pas soutenu que les actes d'état civil des deux enfants, établis selon la loi applicable aux faits dans l'Etat du Colorado, seraient entachés de fraude ou ne seraient pas conformes à cette loi, conduire à priver ces enfants de l'effet qui s'attache en principe à la décision de naturaliser M. Wallace sans qu'il soit porté une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit au respect de leur vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme"²¹.

Selon le rapport de M. Odinet, relatif à la décision du Conseil d'Etat précitée : "la première chambre civile a, en quelque sorte, réintroduit cet ordre public dans la condition de correspondance à la réalité posée à l'article 47 du code civil". Il ajoute que cette portée est "bien supérieure à celle qui résulte de sa lettre et de l'intention du législateur". En effet, l'article 47 du code civil permet simplement d'écarter des actes étrangers qui n'ont pas été établis conformément à la loi dont ils relèvent.

Dès lors, il convient nécessairement de s'interroger sur le recours à l'article 47 du code civil pour fonder l'interdiction de transcription de la filiation à l'égard de la mère d'intention.

L'interdiction du recours à une convention de gestation pour autrui ne peut-il pas être un fondement suffisant ?

A cet égard, la Cour européenne a rappelé dans son avis consultatif du 10 avril 2019, avoir admis dans les arrêts X..., § 99 et Labassée, § 78, 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*". (§ 39)

Elle en déduit que "l'article 8 de la *Convention, n'impose pas aux Etats de procéder à la transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger, en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légitime.*" (§53)

En revanche, et comme l'a souligné le professeur Sudre : "*la Cour, [dans son avis consultatif] fait oeuvre créatrice et énonce une nouvelle obligation positive à la charge de l'Etat issue de l'article 8 : le droit au respect de la vie privée de l'enfant impose que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention.*" (§46)" ²².

Ainsi, la Cour européenne a indiqué que "*selon les circonstances de chaque cause, d'autres modalités peuvent également servir convenablement cet intérêt supérieur dont l'adoption qui,*

²¹ Conseil d'Etat, 31 juillet 2019, section du contentieux, n°411984, M. Wallace c/ M. Tayllor, rapporteur public, M. Odinet

²² Frédéric Sudre, professeur à l'université de Montpellier, "La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention", La semaine juridique édition générale, n°16, 22 avril 2019, 430 ; Adeline Gouttenoire et Frédéric Sudre, "L'avis constructif de la Cour européenne à propos de la maternité d'intention", La semaine juridique, édition spéciale, n°20, 20 mai 2019, p 979

s'agissant de ce lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger. Une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que les conditions sont adaptées et ses modalités permettent une réponse rapide". (§53)

Elle a conclu qu'en l'absence de consensus européen *"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 sa mise en oeuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant."* (§55)

Certains y ont vu une validation voire une consécration des arrêts du 5 juillet 2017 de la première chambre civile de la Cour de cassation précités²³, sous réserve toutefois que la modalité choisie garantisse "l'effectivité et la célérité" du mécanisme de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention "au plus tard" lorsque ce lien s'est concrétisé (§54 et 55).

Ainsi la doctrine insiste sur le fait que les palliatifs offerts par le droit français doivent être examinés à la lumière des exigences posées par l'avis de la Cour européenne.

5.2.2.2 - La voie de l'adoption écartée au bénéfice de la possession d'état

Initialement, la Cour de cassation avait exclu toute reconnaissance de la filiation en présence d'une convention de gestation pour autrui, quel que soit le mode d'établissement de cette filiation, qu'il s'agisse d'une adoption simple ou d'une adoption plénière.²⁴

Puis, suite à la condamnation de la France par la Cour européenne dans l'arrêt X..., elle a procédé à un revirement de jurisprudence dans ses arrêts du 5 juillet 2017 précités, jugeant désormais que le recours à la gestation pour autrui réalisée à l'étranger ne fait pas obstacle à l'adoption, par l'époux ou l'épouse du père, de l'enfant né de cette procréation dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Dès lors, il convient de confronter la solution de l'adoption au cas d'espèce, puisque selon la Cour européenne, dans son avis consultatif, il appartient au juge interne de se prononcer sur l'adéquation du droit français de l'adoption avec les critères de "l'effectivité et de la célérité" requis.

Les conditions pour l'adoption par le parent d'intention d'un enfant issu d'une convention de gestation pour autrui appliquées au cas d'espèce sont les suivantes :

	ADOPTION SIMPLE articles 360 et suivants du code civil	ADOPTION PLÉNIÈRE articles 343 et suivants du code civil
--	--	--

²³ Articles précités de F.Sudre et Adeline Gouttenoire et Frédéric Sudre

²⁴ 1^{re} Civ., 29 juin 1994, pourvoi n° 92-13.563, Bull. 1994, I, n° 226, 1 Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03.927, Bull. 2003, I, n° 252

COUPLE MARIÉ	<ul style="list-style-type: none"> -le parent d'intention doit avoir au moins 10 ans de plus que l'enfant ; - le père biologique et la mère porteuse doivent consentir à l'adoption ; - l'enfant de plus de 13 ans doit consentir à son adoption. 	<ul style="list-style-type: none"> - l'enfant doit avoir moins de 15 ans (sauf si recueilli ou adopté simple avant ses 15 ans) ; - le parent d'intention doit avoir au moins 10 ans de plus que l'enfant ; - le père biologique doit consentir à l'adoption ; - la mère porteuse doit être déchue de l'autorité parentale ou décédée et ses parents également décédés ou ne manifestant pas d'intérêt pour l'enfant ; - l'enfant de plus de 13 ans doit consentir à son adoption.
PERSONNE SEULE	Les conditions sont identiques sauf que l'adoptant doit être âgé d'au moins 28 ans et avoir plus de 15 ans que l'enfant.	Les conditions sont identiques sauf que l'adoptant doit être âgé d'au moins 28 ans et avoir plus de 15 ans que l'enfant.

Dans son avis consultatif, la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir relevé que l'adoption du conjoint est facilitée par la loi française, n'a pas manqué de relever que la procédure d'adoption n'est ouverte en droit français qu'aux parents d'intention mariés ou à une personne seule, ce que la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt récent du 28 février 2018²⁵. (§57)

En effet, en France, l'adoption, qu'elle soit simple ou plénière, est réservée aux couples mariés ou aux personnes seules. Il peut s'agir de l'adoption conjointe d'un enfant ou de l'adoption de l'enfant du conjoint.

S'agissant de l'adoption conjointe d'un enfant, l'article [346, alinéa 1, du code civil](#) dispose que: "Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux".

Un couple de concubins ou de partenaires pacsés ne peut donc adopter, qu'ils soient de même sexe ou de sexe opposé. En revanche, une personne seule peut adopter à la condition d'être âgée de plus de vingt-huit ans, article [343-1 du code civil](#).

La Cour européenne a pointé aussi, en se référant aux observations en intervention du Défenseur des droits, les incertitudes qui "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).

A cet égard, certes Mme X... est éligible à adopter les enfants de son époux mais comme certains auteurs²⁶ le soulignent, "*la procédure de l'adoption intra-familiale de l'enfant par le conjoint de son parent peut être longue et entraîner des frais ; on sait aussi que la demande d'adoption reste soumise à l'accord du parent légal qui peut toujours se raviser en cas de conflit dans le*

²⁵ [1re Civ., 28 février 2018, pourvoi n° 17-11.069](#)

²⁶ Laurence Brunet et Laurence Roques, La filiation à l'égard de la mère d'intention après GPA passe-t-elle exclusivement par l'adoption ? , Dalloz actualité, 7 mai 2019

couple. Si d'aventure le couple divorce avant l'introduction de la requête, toute adoption par l'ex-conjoint devient **alors impossible**; il en sera de même si le conjoint vient à **décéder**²⁷. Et par ailleurs certains juges du fond ont trouvé des prétextes pour refuser de prononcer l'adoption plénière de l'enfant par le conjoint de son parent légal, en exigeant, par exemple, une renonciation expresse de la femme porteuse à sa filiation, alors même que celle-ci n'a aucun lien légal avec l'enfant au regard du droit étranger²⁸.

Si ces obstacles ont paru être levés, **l'aléa demeure** : les juges de la cour d'appel de Paris ne viennent-ils pas de refuser l'adoption plénière par le conjoint du père d'un enfant né par GPA au Mexique²⁹ ?

Dès lors, **les conditions actuelles du prononcé de l'adoption intra-familiale sont-elles véritablement adaptées pour permettre une "décision rapide" et "éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude quant à ce lien"**, comme la Cour européenne le requiert (§ 54) ? On peut en douter et ce d'autant qu'il faut aujourd'hui passer au préalable par la transcription partielle de la seule mention du père, sans mention de la mère légale sur l'acte de naissance, avant de saisir le juge de l'adoption, faute de quoi celui-ci refusera l'adoption de l'enfant par la mère d'intention déjà mentionnée comme telle sur son acte de naissance. La CEDH elle-même n'exprime-t-elle pas ses inquiétudes à cet égard, en intimant au juge interne de **"tenir compte de la situation fragilisée dans laquelle se trouvent les enfants tant que la procédure d'adoption est pendante"** (§ 58) ?

Outre ces inquiétudes liées aux écueils de la procédure d'adoption intraconjugale, il convient de préciser les effets de l'adoption au cas d'espèce.

A titre liminaire, il convient de relever que, l'écoulement du temps fait que l'âge actuel de Mmes A... et B... X..., désormais majeures, ne permet plus d'envisager une adoption plénière, sauf à considérer que l'arrêt de la Cour européenne du 26 juin 2014 et les arrêts de la Cour de cassation du 5 juillet 2017 ont créé des conditions légales permettant une telle adoption des jumelles X... alors qu'au moment où elles ont été accueillies dans ce foyer, ces conditions n'existaient pas. Comme le souligne la conseillère rapporteure dans son rapport cette question est inédite et la réponse très incertaine.

Seule l'adoption simple peut être envisagée. Or, comme l'indiquent les consorts X..., celle-ci n'implique que "des droits réduits" en ce qu'elle n'est pas irrévocable et peut conduire à des différences en matière de successions notamment vis-à-vis des grands-parents.

Il est certain que l'adoption simple ne permet pas d'obtenir des effets équivalents à la transcription, de sorte qu'eu égard aux circonstances de l'espèce, l'établissement de la filiation par la voie de l'adoption simple est "dégradé" en comparaison à d'autres modes d'établissement.

²⁷ L. Brunet, Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop...ou pas assez ?, AJ fam. 2018. 572).

²⁸ Paris, pôle 1, ch. 1, 30 janv. 2018, AJ fam. 2018. 139, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

²⁹ Paris, pôle 1, ch. 1, 26 févr. 2019, n° 17/17619

Or, la Cour européenne exige sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, que le mode de reconnaissance de la filiation maternelle conduise aux mêmes effets que la transcription des actes étrangers, ce qui n'est pas le cas de l'adoption simple.

En outre, l'établissement de la filiation par l'adoption nécessiterait la mise en oeuvre d'une nouvelle procédure devant le juge de l'adoption, dont l'issue est par ailleurs incertaine, contrairement aux exigences d'efficacité requises par la Cour européenne.

Aussi la Cour de cassation statuerait-elle certainement en violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui protège la vie privée et familiale, si elle cassait l'arrêt de la cour d'appel de Paris et statuait sans renvoi au fond en se limitant à ordonner la transcription de l'acte étranger uniquement à l'égard de M. X... et en renvoyant Mme D... X... à mieux se pourvoir pour établir son lien de filiation, notamment en l'invitant à mettre en oeuvre une procédure d'adoption.

En statuant ainsi, la Cour de cassation renverrait donc à un mécanisme de reconnaissance du lien de filiation entre les enfants et la mère d'intention qui ne remplirait pas les critères d'effectivité et de célérité requis par la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette solution insatisfaisante au regard des exigences européennes, qui pourrait d'ailleurs ouvrir la voie à une nouvelle condamnation de la France, ne permet pas en outre de mettre fin au litige qui dure depuis plus de 14 ans.

La Cour de cassation ne peut se contenter de cette réponse alors qu'une autre solution s'offre à elle en droit interne qui répond aux exigences de la Cour européenne et qui dans le cadre de son office lui permet de mettre fin au litige.

Dans ce sens, notre code civil³⁰ comporte un autre mode d'établissement de la filiation entre un enfant et un parent: la possession d'état, invoquée ici par les auteurs du pourvoi. Et effectivement, en la cause, seule une consécration par la Cour de cassation de la possibilité d'établir la filiation d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui par le biais de la possession d'état serait, si les conditions posées par les articles 311-1 et 311-2 du code civil sont réunies, de nature à mettre le droit interne en conformité avec l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme.

Même si la Cour européenne ne cite pas expressément la possession d'état dans son avis du 10 avril 2019, elle fait référence au vécu, à l'épaisseur des relations affectives une fois l'enfant né : "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." (§41)

A cet égard, les consorts X... dans leurs dernières écritures sollicitent la transcription à l'état civil des actes de naissance "*en considération expresse de la filiation établie par la possession d'état constatée par l'acte de notoriété dressé par le juge du tribunal d'instance de Charenton-Le-*

³⁰ C. civ., art. 310-1, al. 1^{er} : "La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété."

Pont, le 11 mai 2018, conformément aux dispositions de l'article 1157-1 du code de procédure civile".

A ce stade de l'analyse, cette demande nécessite de rappeler le nouvel office du juge de cassation qui statue au fond sans renvoi dans le cadre d'une procédure de réexamen en matière de droit de personnes.

5.2.2.3 - L'office du juge de cassation

Ce dossier pose de nombreuses questions inédites car il inaugure la nouvelle procédure de réexamen d'un pourvoi conjuguée au nouvel office du juge de cassation qui peut désormais après une cassation sans renvoi, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie.

Conformément à l'alinéa 2 de l'article précité [L.411-3 du code de procédure civile](#) "*La Cour de cassation peut en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie.*"

Certains auteurs ont salué cette innovation appelée de leurs vœux et indiqué "*Il faudra nous y habituer : la haute juridiction judiciaire ne sera plus seulement juge du droit ; elle pourra, lorsqu'une bonne administration de la justice l'exigera, se muer en juge du fond, en juge de pleine juridiction. Contrairement à certaines idées reçues, cassation et règlement au fond ne sont pas antinomiques*"³¹.

Et d'ajouter : "*Il n'est pas question de transformer notre Cour régulatrice en troisième degré de juridiction : ce n'est que si, et dans la mesure où une cassation est prononcée qu'un règlement au fond pourra éventuellement être envisagé. De ce point de vue, et nous insistons sur ce point, le contrôle exercé par la Cour de cassation sur la conformité aux règles de droit des décisions qui lui sont soumises demeurera strictement identique à ce qu'il est aujourd'hui. Nous y sommes, bien sûr, favorables dans des matières qui nécessitent, par nature, un traitement rapide (famille et état des personnes, surendettement, procédures collectives, référé). Surtout, il nous paraît indispensable que le litige connaisse un terme définitif en cas de second pourvoi.*"³²

Et de regretter que "*cette obligation, posée en matière administrative par l'article L. 821-2 du code de justice administrative, n'ait pas été reprise dans le nouvel article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation devrait, par principe,*

³¹ Stéphane-Laurent Texier, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, "Réflexions sur le règlement du litige au fond par la Cour de cassation", Recueil Dalloz 2017 p.63

³² Stéphane-Laurent Texier, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, "Réflexions sur le règlement du litige au fond par la Cour de cassation", Recueil Dalloz 2017 p.63

*régler l'affaire au fond pour permettre aux parties d'être définitivement fixées sur leur situation dans un délai raisonnable.*³³

L'article [L.411-3 du code de procédure civile](#) ne précise pas les limites de son office lorsque la Cour de cassation use de cette possibilité.

Ainsi que le rappelle le Service de documentation, des études et du rapport dans sa note consacrée à l'office du juge et la cassation sans renvoi³⁴, s'agissant d'une réforme législative adoptée par voie d'amendement, il n'existe pas de travaux préparatoires auxquels se reporter et les débats parlementaires se sont concentrés sur la seule opportunité d'attribuer à la Cour de cassation le pouvoir de statuer au fond sans débattre des modalités techniques.

En outre, les dispositions réglementaires d'application se sont limitées à une modification de l'article 1015 du code de procédure civile dans les termes suivants : "Il en est de même lorsqu'il est envisagé de statuer au fond après cassation. En ce cas, le président de la formation ou le conseiller rapporteur précise les chefs du dispositif de la décision attaquée susceptibles d'être atteint par la cassation et les points sur lesquels il pourrait être statué au fond. Le cas échéant, il peut demander aux parties de communiquer, dans le respect du principe de la contradiction et selon les modalités qu'il définit, toute pièce utile à la décision sur le fond envisagée."

Si les modalités pratiques du règlement au fond n'ont pas été précisées, les auteurs s'accordent sur le fait que la Cour de cassation, à l'instar de son homologue administratif, est dotée des mêmes pouvoirs que le juge de renvoi qu'elle a vocation à substituer³⁵.

Ainsi, la Cour de cassation jouit des mêmes prérogatives qu'une cour de renvoi, qui peut connaître de moyens nouveaux, de nouvelles pièces et de demandes additionnelles, dans les conditions prévues aux articles [564 et suivants du code de procédure civile](#).

Sauf à introduire une inégalité de traitement entre les justiciables selon que leur affaire fait ou non l'objet d'un renvoi, ces modalités doivent s'appliquer.

³³ Stéphane-Laurent Texier, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, "Réflexions sur le règlement du litige au fond par la Cour de cassation", Recueil Dalloz 2017 p.63

³⁴ Note du Service de documentation, des études et du rapport, rédigée par M. Le Coq, magistrat, chef du bureau du contentieux de la première chambre civile, "office du juge et cassation sans renvoi", 15 juillet 2019

³⁵ Stéphane-Laurent Texier, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, "Réflexions sur le règlement du litige au fond par la Cour de cassation", Recueil Dalloz 2017 p.63 ; E. Piwnica, "Commentaire des dispositions de la loi J21 relatives à la Cour de cassation", GP 2017, n°5, p.76 ; Frédérique Ferrand, "La Cour de cassation dans la loi de modernisation de la justice du XXI siècle, À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016", JCP n°52, 26 décembre 2016, p1407; du même auteur "Le décret du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation", JCP n°15, 10 avril 2017, p 400

Par conséquent, la Cour de cassation doit tenir compte des écritures échangées au cours de l'instance ayant abouti à la décision cassée et des pièces déjà communiquées à hauteur de cassation.

Enfin, dans le respect de [l'article 1015 du code de procédure civile](#) précité, la Cour de cassation informe les parties de ce qu'elle envisage de statuer au fond et leur octroie un délai pour produire leurs observations sur les points de fait et de droit susceptibles d'être discutés devant elle, et ce, dans un souci de rationalisation des échanges entre les parties au pourvoi.

En l'espèce, les consorts X... dans leurs dernières écritures sollicitent la transcription à l'état civil des actes de naissance *“en considération expresse de la filiation établie par la possession d'état constatée par l'acte de notoriété dressé par le juge du tribunal d'instance de Charenton-Le-Pont, le 11 mai 2018, conformément aux dispositions de l'article 1157-1 du code de procédure civile”*. Cette demande n'est pas nouvelle puisqu'elle avait déjà été formulée devant le juge d'appel, comme indiqué en page 9 de cet avis.

En revanche, l'acte de notoriété a été produit à l'occasion de la procédure de réexamen du pourvoi.

Il résulte des développements ci-avant et des dispositions des articles [564 et suivants du code de procédure civile](#) que cette pièce, nouveau moyen de preuve, est recevable.

En outre, force est de constater que l'inscription de la mention de la possession d'état en marge d'un acte de naissance s'inscrit dans la même finalité que la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français, puisque cette transcription en est le préalable nécessaire et par voie de conséquence le support indispensable.

Il s'agit en l'état de constater l'existence d'un acte de notoriété dressé par un juge judiciaire et non contesté à ce jour, établissant un lien de filiation entre Mmes X... et A... et B... puis d'ordonner qu'il soit transcrit à l'état civil conformément aux dispositions du [dernier alinéa de l'article 317 du code civil](#) : *“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”*.

Ainsi, il n'est pas demandé à la Cour de cassation d'apporter une appréciation sur le bien fondé de l'établissement de la filiation par la possession d'état mais de constater un fait juridique, dressé par l'acte de notoriété, et d'en tirer les conséquences juridiques et notamment sur sa transcription en marge de l'acte de naissance.

A cet égard, tout comme l'acte de naissance, l'acte de notoriété n'établit pas la filiation mais en est un mode de preuve.

Dès lors, la Cour de cassation après avoir cassé dans son intégralité l'arrêt de la cour d'appel de Paris sans renvoi et statuant au fond, ordonnera la transcription sur les registres de l'état civil du jugement étranger désignant M. X... comme le père de Mme A... et B... X..., ce qui aura pour conséquence la possibilité d'obtenir des actes de naissance.

Ainsi, la condition du support indispensable à l'inscription de la mention de la possession d'état est remplie.

Il résulte de ce qui précède que le juge de cassation dans le cadre de son office et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice doit s'emparer de la demande des consorts X... d'inscription de la mention de la possession d'état en marge de l'acte de naissance.

5.2.2.4 - La mention en marge de l'acte de naissance de la possession d'état de Mme X...

Avant d'examiner l'acte de notoriété produit et ce qu'il constate puis d'en tirer les conséquences juridiques, il convient de rappeler quelques éléments sur la possession d'état.

5.2.2.4.1 - La possession d'état

La possession d'état est en droit français un mode d'établissement de la filiation.

L'article [310-1](#) du code civil dispose que : *“La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété.”*

Dans le même sens, l'article 310-3 du code civil ajoute que *“la filiation se prouve (...) par l'acte de notoriété constatant la possession d'état”*.

Comme le relève Mme la conseillère Le Cotty dans son rapport établi pour le pourvoi Z1820472, *“le droit de la filiation ne consacre en rien “le tout biologique” et fait aujourd'hui encore, une large place à la réalité affective ou sociologique: la réalité des liens tissés entre l'enfant et ses parents, la réalité du vécu”*.

En outre, l'[article 311-1 du code civil](#) alinéa 1 dispose 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.”*

L'[article 311-1 du code civil](#) alinéa 2 précise les éléments qui constituent la possession d'état et qui peuvent être pris en compte notamment, le nomen, le tractatus et la fama comme suit :

Les principaux de ces faits sont :

- 1) 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 ;*
- 2) que eux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation;*
- 3) que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ;*
- 4) qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;*
- 5) qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue.”*

“La réunion suffisante de faits” relève de l'appréciation souveraine du juge.

Ainsi , la possession d'état est une accumulation de faits qui fait présumer l'existence d'un lien de filiation; c'est le fait d'être concrètement dans la situation correspondant à cet état “de filiation”. Ce n'est donc pas une vérité biologique mais une vérité sociologique, ce sont les liens affectifs tissés entre l'enfant et ceux qui se comportent comme ses parents. ***A l'instar de la possession en droit des biens, la possession d'état désigne l'exercice de fait, l'apparence d'un état. (Malaurie et Fulchiron).***

En outre, cette réunion de fait doit être cumulée selon les dispositions de [l'article 311-2 du code civil](#) avec d'autres conditions. Ainsi la possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque.

En tant que fait juridique, la possession d'état peut se prouver par tous moyens, notamment des témoignages de la famille ou encore des correspondances.

La possession d'état ne suffit pas à elle seule pour établir en droit un lien de filiation : il faut qu'elle ait été officiellement constatée.

5.2.2.4.2 - L'acte de notoriété

La possession d'état a des rôles très divers en matière de filiation et notamment rapporté à notre cas d'espèce, c'est le fait qu'elle vienne en complément de l'acte de naissance et rende ainsi la filiation incontestable. Elle joue donc un rôle fondamental dans la preuve de la filiation de l'enfant.

A cet égard, les conjoints X... produisent un acte de notoriété du 11 mai 2018 dressé par le juge du tribunal d'instance de Charenton le Pont, et non contesté *à ce jour*, aux termes duquel il a constaté que :

- B... et A... X... vivent au domicile de M. C... X... et Mme D... X... depuis leur naissance,
- tant l'entourage familial qu'amical de la famille X... confirme que M. C... X... et Mme D... X... se comportent à l'égard de B... et A... depuis leur naissance comme des parents attentionnés,
- le collègue dans lequel B... et A... ont été scolarisées considère M. C... X... et Mme D... X... comme les représentants légaux,
- elles sont également enregistrées comme les ayants-droits de ces derniers auprès de l'assurance-maladie et les assurances complémentaires de santé.

Le juge en a déduit "une réunion suffisante de faits" révélant le lien de filiation entre M. C... X... et Mme D... X... avec B... et A... X... et par voie de conséquence, a dressé l'acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant de B... et A... X... avec M. C... X... et Mme D... X...

Ainsi l'acte de notoriété délivré par le tribunal d'instance de Charenton-le-Pont constatant la possession d'état répond aux dispositions des articles du code civil précités et des exigences posées par la Cour européenne dans son avis consultatif : "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).

Force est de constater que le temps a fait son oeuvre dans ce dossier car le juge a pu apprécier les éléments portés à sa connaissance qui s'inscrivaient dans une durée substantielle de presque 20 ans. En effet, le juge a fait une appréciation *in concreto* des éléments produits non équivoques, stables, solides, d'une situation familiale consolidée depuis des années.

Ainsi les circonstances particulières de l'espèce font que cette possession d'état constatée par acte judiciaire s'inscrit dans une durée et une stabilité certaines et substantielles, d'autant que cette possession d'état n'a jamais été contestée durant toutes ces années ni par la mère porteuse, ni par la donneuse d'ovocyte, ce qui l'ancre dans ses qualités de possession d'état continue, paisible, publique et non équivoque.

Dès lors quels sont aujourd'hui les arguments qui s'opposent à ce que la mention du lien de filiation tel que résultant de la possession d'état existant entre B... et A... X... d'une part et Mme D... X... d'autre part, constatée par un acte de notoriété judiciairement établi, soit mentionnée en marge des actes de naissance respectifs des enfants conformément aux dispositions de l'article 1157-1 du code de procédure civile ?

La mention portée correspond bien à la réalité sociologique constatée par un juge.

Il ne saurait être objecté que cet acte de notoriété ne correspond pas à la réalité biologique puisque par définition la possession d'état vient consacrer une vérité sociologique.

Certains auteurs³⁶ ajoutent que dans le cadre des circonstances particulières du dossier X..., *“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. En effet, la possession d'état ne reflète pas la réalité biologique ou génétique de la filiation, elle témoigne du comportement parental d'une personne à l'égard d'un enfant et de sa réciproque, la reconnaissance par l'enfant de cette personne comme étant son parent. Par ailleurs, la barrière de l'article 6-1 du code civil ne se rencontre pas dès lors qu'il s'agit de reconnaître la filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention, dans le cadre d'un couple hétérosexuel; en revanche, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans son avis du 7 mars 2018³⁷, cet article s'opposerait à l'établissement un lien de filiation, par la possession d'état, à l'égard d'un époux ou d'un concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie.”*

Et de conclure 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 ?”*³⁸

Il en résulte que l'argument tiré de ce que la possession pourrait être contestée car elle serait jugée équivoque au sens de la circulaire de la direction des affaires civiles et du sceau du 30

³⁶ Laurence Brunet et Laurence Roques, La filiation à l'égard de la mère d'intention après GPA passe-t-elle exclusivement par l'adoption ? , Dalloz actualité, 7 mai 2019

³⁷ Avis de la Cour de cassation, 7 mars 2018, n° 17-70.039, A.-M. Leroyer RTD civ. 2018. 375, obs ; AJ Famille 2018, p. 233, note Pascale Salvage-Gerest ; Dr. fam. 2018, comm. 130, note Younes Bertrand ; D. 2018, p. 983, note Hugues Fulchiron ; Procédures 2018, comm. 151, note Méлина Douchy-Oudot.

³⁸ Laurence Brunet et Laurence Roques, La filiation à l'égard de la mère d'intention après GPA passe-t-elle exclusivement par l'adoption ? , Dalloz actualité, 7 mai 2019

septembre 2006³⁹, puisque viciée par le mode de conception de l'enfant à savoir le recours à la gestation pour autrui, ne résiste pas plus au regard des évolutions jurisprudentielles tant de la première chambre civile que de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que de son avis consultatif.

En effet, il a été rappelé que la Cour de cassation avait exclu toute reconnaissance de la filiation en présence d'une convention de gestation pour autrui, quel que soit le mode d'établissement de cette filiation, qu'il s'agisse d'une adoption simple ou d'une adoption plénière⁴⁰ ou d'une possession d'Etat par arrêt [du 6 avril 2011](#).⁴¹ C'est l'arrêt de réformation soumis à votre pourvoi.

Or, on sait que suite à la condamnation de la France par la Cour européenne dans l'arrêt X..., la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence dans ces arrêts du 5 juillet 2017 précités, jugeant désormais que le recours à la gestation pour autrui réalisée à l'étranger ne fait pas obstacle à l'adoption, par l'époux ou l'épouse du père, de l'enfant né de cette procréation dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant⁴².

Ainsi l'argument tiré du recours à la gestation pour autrui réalisée à l'étranger est désormais inopérant pour faire obstacle à la transcription des actes étrangers à l'état civil et à l'adoption.

En outre, il est important de noter que la Cour européenne a relevé dans son avis que *“si sa jurisprudence met un certain accent sur l'existence du lien biologique entre l'enfant et au moins l'un des parents d'intention, elle précise toutefois que **cette jurisprudence pourrait être appelée à l'avenir à se développer en ce domaine “étant donné en particulier l'évolution de la question de la gestation pour autrui et de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer”** (§36).*

On ajoutera que cette possibilité d'établir la filiation par la possession d'état a été mise dans les débats devant la Cour européenne, à l'occasion de litiges portant sur la transcription à l'état civil français d'actes de naissance d'enfants nés d'une gestation pour autrui et que le Gouvernement français avait envisagé la possibilité ***d'établir leur lien de filiation par la voie de la possession d'état.***

Ainsi, d'une part, dans l'affaire Foulon et Bouvet c/ France, arrêt du 21 juillet 2016, n° 9063/14 et 10410/14, au sujet du père biologique, la Cour européenne des droits de l'homme prend le soin de préciser qu'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 de la reconnaissance de*

³⁹ Circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

⁴⁰ 1^{re} Civ., 29 juin 1994, pourvoi n° 92-13.563, Bull. 1994, I, n° 226, 1 Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03.927, Bull. 2003, I, n° 252

⁴¹ 1^{er} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66.486, Bull. 2011, I, n° 71

⁴² 1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-16.455, Bull. 2017, I, n° 16

paternité ou **par celle de la possession d'état**; il indique à cet égard que ces voies juridiques paraissent aujourd'hui envisageables" (§56).

D'autre part, la Cour européenne rappelle que "*dans l'arrêt Laborie c. France, du 19 janvier 2017, requête n°44024/13, que comme dans les arrêts Foulon et Bouvet (§ 56), elle prend bonne note des indications du Gouvernement relatives au revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation le 3 juillet 2015, postérieurement à l'introduction de la présente requête et au prononcé des arrêts X... et Labassée. Elle observe aussi que le Gouvernement entend déduire de ce nouvel état du droit positif français que le deuxième requérant et les troisième et quatrième requérants ont désormais la possibilité d'établir leur lien de filiation par la voie de la reconnaissance de paternité ou de la possession d'état, ou par la voie de l'action en établissement de filiation prévue par l'article 327 du code civil*" (§31).

Il résulte de ce qui précède que le mode d'établissement de la filiation d'un enfant issu d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, par la voie de la possession d'état a déjà été envisagée dans ce dossier.

Enfin, dans son avis, la Cour européenne fonde son analyse sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les professeurs Gouttenoire et Sudre rappellent à cet égard que "*la Cour européenne se fonde, en matière de filiation de l'enfant issu de GPA à l'étranger, comme dans tous ses arrêts concernant des enfants sur le "principe essentiel selon lequel chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer"*⁴³. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant qui a déjà permis à la Cour européenne des droits de l'homme de condamner l'absence de reconnaissance de la filiation paternelle de l'enfant dans l'arrêt X... et les décisions qui ont suivi, est, cette fois, utilisé pour condamner l'absence de reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère d'intention, selon un raisonnement très similaire (n° 65192/11, X..., § 96 et s.). En effet, la Cour constate que le défaut de reconnaissance de la filiation maternelle de l'enfant établie à l'étranger a des conséquences négatives sur plusieurs aspects de son droit au respect de la vie privée. Il place en effet celui-ci dans une "forme d'incertitude juridique quant à son identité dans la société" (§ 40), lui faisant courir un risque de se voir priver de droits en matière de nationalité ou de successions. Elle considère que l'enjeu dépasse la question de l'identité des enfants et que sont en question "l'environnement dans lequel ils vivent et se développent et les personnes qui ont la responsabilité de satisfaire leurs besoins et d'assurer leur bien-être."⁴⁴

⁴³ Selon la CEDH, en cas de contestation de filiation, l'intérêt supérieur de l'enfant est primordial et il peut conduire à maintenir le lien de filiation légalement établi indépendamment de la réalité biologique ; "pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant", par exemple, CEDH, arrêt du 7 février 2002, Mikulic c/ Croatie, n°53176/99, § 65 ; CEDH, arrêt du 18 février 2014, A. L. c/ Pologne, n° 28609/08) ; "chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer", l'arrêt X..., précité, § 81 ; Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, arrêt du 28 juin 2007, n°76240/01, §§ 133-134.

⁴⁴ Adeline Gouttenoire et Frédéric Sudre, "L'avis constructif de la Cour européenne à propos de la maternité d'intention", La semaine juridique, édition spéciale, n°20, 20 mai 2019, p 979

Ils constatent que *“ce faisant, la Cour européenne des droits de l’homme 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 ainsi à déborder du cadre de l’avis qu’elle a elle-même défini (§ 28), 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 (§ 47)”*⁴⁵.

Pour d’autres auteurs, la Cour européenne des droits de l’homme va plus loin: *“ le regard des juges européens se fixe ainsi uniquement sur l’enfant, sans aucune considération des circonstances de sa conception ni de sa naissance et, surtout des conditions dans lesquelles “la femme porteuse” a conçu , porté accouché et s’est séparée de l’enfant”*⁴⁶.

Il résulte de ce qui précède que la Cour européenne des droits de l’homme fait désormais primer l’intérêt supérieur de l’enfant sur toute autre considération et notamment le mode de procréation et met à la charge de l’Etat une obligation positive issue de l’article 8 de la Convention européenne de rechercher la possibilité de reconnaissance d’un lien de filiation entre l’enfant et la mère d’intention.

Dès lors si la Cour de cassation venait à juger que le recours à la gestation pour autrui réalisée à l’étranger fait obstacle à l’établissement de la filiation par la possession d’état, elle porterait atteinte à la vie privée et familiale en violation de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme.

En effet, outre que cette solution créerait une différence de traitement entre les parents d’intention selon le mode de filiation choisi, adoption ou possession d’état, elle se ferait également au détriment de l’intérêt supérieur de l’enfant qui est désormais la maxime de la Cour européenne des droits de l’homme.

Ainsi, l’exclusion et par voie de conséquence l’interdiction d’établir le lien de filiation avec la mère d’intention par la possession d’état au seul motif que *“le caractère équivoque résulte d’une fraude ayant pour origine le recours à la gestation pour le compte d’autrui à l’étranger”*⁴⁷ ne résiste pas aux évolutions jurisprudentielles susmentionnées.

La Cour européenne ayant mis une nouvelle obligation à la charge de l’Etat d’établir la filiation, cette ingérence de l’Etat pourrait être considérée comme injustifiée car disproportionnée au but légitime poursuivi en l’occurrence, l’intérêt supérieur de l’enfant de voir sa filiation établie, et

⁴⁵ Adeline Gouttenoire et Frédéric Sudre, *“L’avis constructif de la Cour européenne à propos de la maternité d’intention”*, La semaine juridique, édition spéciale, n°20, 20 mai 2019, p 979

⁴⁶ Marie-Christine Le Boursicot, conseiller honoraire à la Cour de cassation, *Revue juridique personnes et famille*, numéro 5, mai 2019, p 30

⁴⁷ Circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l’ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

par voie de conséquence constituerait une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est indéniable que la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation s'inscrit dans cette analyse et fait primer la réalité sociologique sur la réalité biologique en cas de contestation de filiation, sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié in concreto, qui a désormais valeur constitutionnelle⁴⁸, afin de stabiliser la situation de l'enfant, d'éviter des perturbations dans les relations familiales ou encore d'éviter des traumatismes de la remise en cause de situations stables.

Mme la conseillère Le Cotty dans son rapport établi pour le pourvoi Z1820472 insistait sur le fait qu'à l'aune des principes établis par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la première chambre civile vérifie désormais que les juges du fond, lorsqu'ils sont saisis de moyens pris de l'inconventionnalité des textes de droit interne, mettent en oeuvre la jurisprudence européenne et examinent in concreto l'absence d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des intéressés⁴⁹.

Dans le même ordre d'idée, dès 2000, la Cour de cassation a posé le principe constamment réaffirmé depuis, que "l'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder"⁵⁰.

Il résulte de cette analyse juridique et jurisprudentielle appliquée aux circonstances particulières de l'espèce où le temps a fait son oeuvre, que l'acte de notoriété établissant la possession d'état d'enfants de B... et de A... avec Mme X..., qui s'inscrit dans la durée, constate une réalité sociologique jamais contestée, dressée par un acte judiciaire faisant foi jusqu'à preuve contraire.

La sécurisation du lien de fait oblige à convertir celui-ci en lien de droit⁵¹.

⁴⁸ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC: "Aux termes des dixième 53 et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 : La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Il en résulte une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant". Par cette formule, le Conseil constitutionnel constitutionnalise l'intérêt supérieur de l'enfant. Dalloz 2019.584, et 742, note P. Parinet ; AJDA 2019. 662 ; H. Fulchiron, "La constitutionnalisation de l'intérêt de l'enfant", Dalloz 2019.709, 11 avril 2019.

⁴⁹ 1^{re} Civ., 10 juin 2015, pourvoi n°14-20.790 ; 1^{re} Civ., 6 juillet 2016, pourvoi n°15-19.853, Bull. 2016, I, n°157; 1^{re} Civ., 5 octobre 2016, pourvoi n°15-25.507, Bull. 2016, I, n°185; 1^{re} Civ., 9 novembre 2016, pourvoi n°15-25.058, Bull.2016, I n°216; 1^{re} Civ., 7 novembre 2018, pourvoi n°17-25.938, publié ; 1^{re} Civ., 21 novembre 2018, pourvoi n°17-21.095, publié

⁵⁰ 1^{re} Civ, 28 mars 2000, pourvoi n°98-12.809, Bull 2000, I, n°103

⁵¹ Guillaume Kessler, Maître de conférence à l'université Savoie-Mont-Blanc, AJ famille, jurisprudence, filiation, mai 2019, p 291

Ainsi, il résulte de l'ensemble de ces considérations que rien ne s'oppose à constater la possession d'état de B... et A... avec Mme X... dressée par acte de notoriété du 11 mai 2018 et d'ordonner la transcription de cette mention en marge de leur acte de naissance respectif.

Cette solution, circonscrite aux caractéristiques de l'espèce, met fin au litige dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice eu égard à l'ancienneté du litige.

Elle répond également aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'obligation positive à la charge de l'Etat, issue de l'article 8 de la Convention européenne, d'offrir la possibilité de reconnaître un lien de filiation entre cet enfant et la mère, garantissant l'effectivité et la célérité de sa mise en oeuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Enfin cette approche privilégie l'intérêt supérieur des enfants qui ne doivent pas subir une sanction injuste et être punis pour les choix de leurs parents⁵², comme le soulignait déjà [M. Domingo, avocat général, dans son avis](#) rédigé en 2011 pour le premier examen de cet arrêt devant la Cour de cassation.

En effet, seuls les parents ont fait le choix d'avoir recours à une gestation pour autrui et comme le soulève le rapporteur public dans ses conclusions établies au soutien du dossier n°411984, dans un arrêt rendu le 31 juillet par le Conseil d'Etat⁵³, “ *Le second élément déterminant est la différence de situation entre les parents et les enfants : la Cour (européenne des droits de l'homme dans son avis consultatif du 10 avril 2019), le souligne, seuls les parents ont fait le choix d'avoir recours à une gestation pour autrui ; or le refus de faire produire effet sur l'état civil national à des actes de naissance étrangers établis à la suite d'une gestation pour autrui a des conséquences importantes sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de l'enfant qui, par construction, est étranger à toute fraude à la loi et dont l'intérêt supérieur doit être une considération primordiale dans les décisions qui le concernent. En somme, la Cour met en lumière le relatif paradoxe qui réside dans le fait que le contournement, par les parents, d'une interdiction qui pèse sur eux ait pour conséquence, sinon principale du moins importante, une forme de sanction civile frappant l'enfant*”.

6 - La portée de la décision

Conformément aux prescriptions de l'article L 432-1 du code de l'organisation judiciaire, il appartient aussi au parquet général d'éclairer la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

Votre décision sera la première intervenant après un avis donné par la Cour européenne dans le cadre de l'application du protocole n°16 ratifié le 12 avril 2018 qui a mis en place un mécanisme de coopération formelle entre la Cour européenne et les juridictions nationales pour renforcer le dialogue des juges et favoriser la mise en oeuvre du principe de subsidiarité. L'autorité de la décision que la Cour de cassation va rendre conformément à l'avis de la Cour européenne s'en trouvera ainsi renforcée.

⁵² H. Fulchiron et C. Bidaud- Garon, ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, Dalloz 2014, p1773

⁵³ Conseil d'Etat, 31 juillet 2019, section du contentieux, n°411984, M. Wallace c/ M. Tayllor, rapporteur public, M. Odinet

Votre décision intervient dans le cadre de la loi qui frappe d'une interdiction d'ordre public la gestation pour autrui pour des raisons morales évidentes : l'interdiction de faire commerce de son corps et la vente d'un enfant à naître. L'interdiction de la gestation pour autrui demeure. La décision de la Cour s'inscrit dans un tout autre registre : celui de l'enfant issu de la gestation pour autrui, enfant qui ne peut être sanctionné pour le choix de ses parents et dont l'intérêt supérieur doit primer sur toute autre considération. La décision de la Cour de cassation interviendra "dans un cadre jurisprudentiel qui est à la fois particulièrement nuancé et non définitivement stabilisé"⁵⁴. L'avis de la Cour européenne trace clairement la voie à suivre, celle de la reconnaissance dans notre droit interne de la filiation entre l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui et sa mère d'intention.

Cette approche, dictée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'avis de la Cour européenne, qui doit conduire à établir leur filiation sans plus attendre, justifie une décision inédite, pragmatique, sécurisante pour les enfants, équilibrée et circonscrite.

- Inédite car elle s'inscrira dans le cadre de l'office du juge de cassation en matière de procédure de réexamen d'un pourvoi en droit des personnes conjugué avec le nouvel office du juge de cassation de statuer au fond.

- Pragmatique : on ne peut en effet se satisfaire d'une décision de cassation qui renverrait Mme X... à mieux se pourvoir sur l'adoption et ce pour plusieurs raisons.

La procédure d'adoption est longue et aléatoire, alors que la possession d'état a été constatée par un juge et remplit les conditions d'efficacité et de célérité posées par la Cour européenne des droits de l'homme au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer et ne doit pas subir de sanction civile à raison du choix des parents.

- Sécurisante : la notion de bonne administration de la justice commande de mettre fin à un litige qui existe depuis 15 ans en statuant au fond et de permettre ainsi à des enfants nés d'une convention de gestation pour autrui de voir établir leur filiation.

- Équilibrée : dans le cadre du contrôle de proportionnalité, elle répondra aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme qui fait primer l'intérêt supérieur de l'enfant, tout en respectant notre législation qui prohibe la gestation pour autrui. Elle affirmera le contrôle du juge à un double niveau lors de l'acte de notoriété et de son appréciation souveraine sur la balance des intérêts en présence.

- Circonscrite : la décision de la Cour de cassation sera circonscrite aux caractéristiques de l'espèce et ne pourra en aucun cas être un arrêt de principe fixant un cadre général. Elle établira la filiation d'enfants d'un couple hétérosexuel dont la possession d'état a été établie par un acte judiciaire, la barrière de l'article 6-1 du code civil s'opposant en tout état de cause à l'établissement d'un lien de filiation, par la possession d'état, à l'égard d'un époux ou d'un concubin de même sexe.

Cette décision ne répondra donc certes pas aux nombreuses questions restées en suspens dans le cadre de la gestation pour autrui, mais tout en disant le droit, elle permettra de solutionner cette situation d'une grande fragilité.

⁵⁴ Expression extraite du rapport de M. Odinet précité.

La Cour de cassation remplira ainsi son office, tel que prévu aujourd'hui par la loi en mettant fin au litige, dans un souci d'efficacité et de bonne administration de la justice.

Au bénéfice de ces observations et de l'ensemble de ces développements, je conclus à la cassation sans renvoi et, statuant au fond :

- à ordonner la transcription sur les registres du service central d'état civil français des actes de naissance établis dans le comté de San Diego en ce qu'ils désignent M. C... X... en qualité de père des enfants A... X... et B... X...,
- à constater la possession d'état de Mme D... X... dressée par acte de notoriété du 11 mai 2018,
- et à ordonner la transcription de cette mention en marge des actes de naissance susmentionnés.