



Madame la première présidente, Mesdames et Messieurs de la Cour

Le dossier qui vous est soumis aujourd'hui pose sur les plans éthique et juridique des questions complexes et inédites.

A cette complexité s'ajoute l'impossibilité de concilier des opinions diamétralement opposées sur ce sujet, en France comme au sein de l'UE.

Certains attendent de la Cour de cassation qu'elle rende "une grande décision" de principe fixant le cadre légal, général et absolu de l'établissement de la filiation entre un enfant issu d'une gestation pour autrui et ses parents d'intention.

Ce n'est pas l'office du juge de cassation qui doit s'exercer dans le cadre légal existant, sans se substituer au législateur.

A chacun son rôle et ses responsabilités.

Certes on mesure bien les enjeux sociétaux de ce dossier,  
Certes on a conscience des tenants et des aboutissants de ce débat,  
Bien sûr, on entend les revendications,

Mais la Cour de cassation n'est pas une tribune politique, et l'arène n'est pas dans cette salle d'audience.

Si la Cour de cassation rendra bien sûr une décision en pleine conscience des enjeux de ce dossier, on ne peut lui demander ni de s'ériger en législateur, ni de substituer le législateur.

Son office est d'interpréter la loi, d'unifier la jurisprudence, et d'adapter notre droit interne aux garanties et exigences de la Convention EDH. Cet office, cette exigence prennent tout leur sens dans le dossier qui vous est soumis aujourd'hui, dossier qui dure depuis près de quinze ans (A... et B... X... ont aujourd'hui 19 ans) et dans lequel la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, Cour européenne que vous avez ensuite sollicitée pour donner son avis sur l'issue de ce litige.

La décision que la Cour de cassation va prendre s'inscrit nécessairement dans le cadre de la loi qui, dans notre pays, interdit la GPA pour des raisons évidentes:

- l'indisponibilité du corps humain,
- l'interdiction de faire commerce de son corps,

- l'interdiction de la vente d'un enfant à naître,  
principes qu'il faut bien rappeler à l'heure où le droit à la vie de famille dérive de plus en plus vers le droit à l'enfant, dérive synonyme d'une réification de l'enfant avec le risque majeur de le voir se transformer en véritable bien de consommation.

Certains chercheront bien évidemment dans votre décision le sens de nouvelles ouvertures permettant une validation en creux de la gestation pour autrui. Ce ne peut être le cas, puisque dans notre droit positif, l'interdiction d'ordre public de la gestation pour autrui demeure.

Depuis des années, sur les questions relatives à la convention de gestation pour autrui, la Cour de cassation a dû résoudre des cas d'espèce de plus en plus complexes et elle s'est efforcée pas à pas, cas d'espèce par cas d'espèce, de construire une jurisprudence équilibrée entre les intérêts en présence pour répondre à ces questions sociétales, par un contrôle de proportionnalité in concreto, et ce, dans un souci de sécurisation des liens affectifs, afin de stabiliser la situation de l'enfant et d'éviter des perturbations dans les relations familiales ou des traumatismes liés à la remise en cause de situations stables.

Car la Cour de cassation n'est pas frileuse et elle doit s'emparer des questions sociétales mais uniquement dans la plénitude de son office.

Oui la Cour de cassation doit parvenir à une solution dans le dossier des consorts X... mais elle doit le faire dans le cadre de son office, dans le cadre de son contrôle de proportionnalité in concreto, au regard des circonstances particulières de cette affaire comme la Cour européenne dans son avis consultatif.

Je vous rappelle ainsi qu'aux § 25 et 27 de son avis, la Cour européenne des droits de l'homme a pris le soin à titre liminaire de définir son office et a ainsi précisé qu'elle délimitait le champ de son avis au regard des circonstances de faits propres à l'affaire X... qui lui était soumise.

Ainsi, elle a pris le soin de préciser que l'avis consultatif porte sur un litige de droit interne relatif à 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 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 le 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.

Elle précise que l'avis ne concerne pas le cas où la mère d'intention ou la mère porteuse sont donneuses de gamètes et qu'il ne concerne que la question du droit au respect de la vie privée des enfants.

La Cour EDH a donc été extrêmement attentive à délimiter le champ de son avis au regard des circonstances propres à l'affaire X....

La Cour de cassation doit, elle aussi, circonscrire sa décision au regard des caractéristiques de cette espèce.

Il m'appartient de vous éclairer sur la solution qui me semble s'inscrire dans l'office du juge de cassation et remplir les critères d'exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment de célérité et d'efficacité et de vous en faire la démonstration.

J'insiste sur un élément nouveau et substantiel dans le cadre de ce réexamen, la reprise d'instance par A... et B... X... lesquelles désormais majeures, revendiquent d'établir un lien de filiation.

C'est primordial, car comme moi dans mon avis, vous devrez vous positionner sous l'angle des enfants qui désormais revendiquent l'établissement de leur filiation.

Ce qui a guidé ma réflexion et ma position, c'est, conformément à l'exigence de célérité retenue par la Cour européenne, de mettre fin à une situation humaine et juridique d'incertitude et de grande fragilité dans laquelle se trouvent B... et A... X... depuis 19 ans.

Ce qui a guidé ma réflexion et ma position c'est d'établir leur lien de filiation, et ce en considération expresse du principe auquel la Cour européenne se réfère, selon lequel chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer.

Il n'est pas concevable de laisser A... et B... X... sans réponse ou de les renvoyer à mieux se pourvoir et surtout de leur faire subir une sanction civile du fait du mode de procréation choisi par leurs parents.

Cette approche dictée par la Convention EDH et la Convention internationale des droits de l'enfant justifie, me semble-t-il, une solution tout à la fois équilibrée, pragmatique, et sécurisante qui fasse primer cet intérêt supérieur de l'enfant.

Vous l'aurez déjà compris, mais je le souligne, cet avis s'inscrit dans l'impérieuse nécessité du dialogue des juges qui a été rappelée, il y a quelques jours à peine dans cette Grand'chambre qui accueillait les cours suprêmes des Etats membres du Conseil de l'Europe pour le 60<sup>ème</sup> anniversaire de la création de la Cour européenne des droits de l'homme.

Mon avis tend, dans le cadre du dialogue des juges renforcé par la mise en oeuvre du protocole n° 16 dont ce dossier a vu la première application, à un juste équilibre entre les impératifs (ou les interdits) de droit interne et les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme afin d'éviter une nouvelle condamnation de la France dans ce dossier.

Je ne reviendrai pas en détail sur les faits et la procédure de ce dossier que Mme le conseiller a parfaitement relatés.

Je rappellerai juste le contexte dans lequel s'inscrit ce dossier, à savoir que face à l'interdiction qui existe dans notre droit interne, les couples en désir d'enfant se sont tournés vers l'étranger pour conclure des conventions de gestation pour autrui dans des Etats qui l'autorisaient et, à leur retour, ont demandé la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant sur les registres d'état civil français.

C'est toute l'histoire des époux X... qui ont souhaité obtenir la transcription des actes de naissance étranger sur les registres de l'état civil français des deux enfants.

Les termes de ce litige étant parfaitement connus de la Cour, je me limiterai donc à des observations sur les problèmes de droit qui se posent à vous aujourd'hui.

## **Sur la recevabilité de l'intervention volontaire de l'association italienne Arcilesbica**

L'article 327 du code de procédure civile dispose que "Seule l'intervention volontaire formée à titre accessoire est admise devant la Cour de cassation, et en application de l'article 330 du même code, la partie intervenante à titre accessoire devant la Cour de cassation ne peut que s'associer aux moyens de la partie qu'elle entend soutenir, sans pouvoir invoquer de moyens distincts.

Le procureur général près la cour d'appel de Paris, défendeur au pourvoi, n'a pas fait valoir de nouvelles observations.

Il s'ensuit que l'association de droit italien Arcilesbica, qui intervient à titre accessoire, n'est pas recevable à invoquer des moyens distincts de la demande en annulation de la transcription des actes de naissance et notamment demander à la Cour de cassation de prononcer l'adoption plénière de A... et B....

La première chambre civile a jugé en ce sens par un arrêt du 7 mars 2018.

En outre, s'agissant de la recevabilité en intervention volontaire accessoire d'une association dans une instance, la première chambre civile a jugé dans un arrêt du 5 juillet 2017, au visa de l'article 8 de la Convention EDH, que le droit au respect de la vie privée et familiale des parents et des enfants s'opposait à l'immixtion d'une association en intervention volontaire accessoire dans une instance qui revêtait un caractère strictement personnel.

Enfin, s'agissant de la recevabilité d'une association en intervention volontaire à titre principal, la première chambre civile a, par quatre arrêts du 16 mars 2016, déclaré irrecevables les interventions volontaires, dans des procédures d'adoption, d'associations de défense des droits de l'enfant aux motifs que l'association, qui n'invoquait aucun autre intérêt que la défense des intérêts collectifs dont elle se prévalait, ne justifiait pas d'un intérêt légitime à intervenir dans une procédure d'adoption".

Il en résulte que l'intervention de l'association de droit italien Arcilesbica dans une procédure qui revêt un caractère strictement personnel, en établissement de la filiation et au surplus qui n'invoque aucun autre intérêt que la défense des intérêts collectifs dont elle se prévaut, est irrecevable à contester la possession d'état constatée par un acte de notoriété pour défaut d'intérêt à agir au sens de l'article 335 du code civil.

## **Sur le fond du dossier**

La question qui est posée à la Cour de cassation est celle de savoir si l'ordre public international français fait 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, interdite en France ?

Et le cas échéant en cas d'impossibilité de transcrire ces actes, de savoir quelles solutions s'offrent à la Cour de cassation?

En 2010, la cour d'appel de Paris a considéré que la conclusion d'une convention de gestation pour autrui était en contrariété avec la conception française de l'ordre public

international, ce qui s'opposait à la transcription sur les registres de l'état civil français d'un jugement étranger établissant 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.

C'est cet arrêt qui est soumis à votre réformation dans le cadre de la procédure de réexamen du pourvoi qui a donné lieu à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en 2014.

La Cour européenne a condamné cette position de la France et expressément indiqué que l'absence d'une possibilité de reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger emportait violation du droit de l'enfant au respect de sa vie privée tel que garanti par l'article 8 de la Convention.

Depuis cette condamnation, la jurisprudence de la Cour de cassation a beaucoup évolué.

Désormais la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger est possible pour autant qu'il désigne le père d'intention comme étant le père de l'enfant lorsqu'il en est le père biologique.

Elle demeure, en revanche, impossible s'agissant de la maternité d'intention.

Ainsi donc aujourd'hui, une distinction est opérée entre le père biologique d'intention et la mère d'intention.

C'est à l'aune de ces évolutions et de l'avis de la Cour de Strasbourg que la Cour de cassation doit réexaminer le pourvoi.

En ce qui concerne le père d'intention, désormais 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. Il n'y a donc plus d'obstacle à la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil désignant M. X..., en qualité de père des deux enfants, laquelle doit être ordonnée.

Or, la cour d'appel n'a pas distingué la situation du père de celle de la mère.

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

Cette décision a violé ensemble les articles 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.

La Cour de cassation cassera donc totalement l'arrêt de la cour d'appel sans renvoi.

Puis, pour ordonner la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil, la Cour de cassation devra statuer au fond conformément à l'article L.411-3 du code de l'organisation judiciaire.

A ce stade il convient de rappeler le nouvel office du juge de cassation.

Ce dossier comme je l'ai indiqué dans mon avis écrit, pose de nombreuses questions inédites, notamment parce qu'il inaugure la nouvelle procédure de réexamen d'un pourvoi en droit des personnes, conjuguée au nouvel office du juge de cassation qui peut désormais statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie.

Si la notion de bonne administration de la justice n'existe pas dans une affaire qui dure depuis plus de quinze ans, quand existera-t-elle ?

Ainsi dans le cadre de ce nouvel office, la Cour de cassation, juge du fond, ordonnera 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... et B... X.... Cet office répond aussi à l'objectif de célérité affirmé dans l'avis de la Cour EDH.

La filiation de A... et de B... envers M. X... sera donc établie.

Bien plus complexe à résoudre est la situation de Madame X....

Pourquoi ?

Parce ce qu'en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, la transcription n'est pas possible pour la mère d'intention.

Selon la jurisprudence de la Cour, 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, s'agissant de la mère d'intention le contentieux s'est cristallisé, depuis quelques années, sur le fondement 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."*

Selon la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, les actes de naissance désignant 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 et elle ne peut donc en demander la transcription à l'état civil.

Cette interprétation est critiquable car l'article 47 a pour vocation de régir uniquement la valeur probante des actes d'état civil à l'étranger. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation transporte dans les règles de l'état civil de l'article 47, la règle d'ordre public de l'article 16-7 du code civil et me paraît ainsi opérer une confusion: en effet, la conformité

à l'ordre public international français est une chose, la valeur probante d'un acte d'état civil en est une autre. Or, rien ne permet de retenir que les faits déclarés dans les actes d'état civil américains ne correspondent pas à la réalité. D'ailleurs, la cour supérieure de Californie déclare Mme X..., mère légale de tout enfant qui naîtrait de Mme E..., la mère porteuse.

L'article 47 du code civil a été créé pour lutter contre la fraude documentaire et écarter des actes qui n'ont pas été établis conformément à la loi dont ils relèvent, il n'est pas une règle de conflit de loi et ne permet pas d'écarter ces actes comme non probants.

C'est d'ailleurs ce que laisse penser la décision du Conseil d'Etat du 31 juillet 2019 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.

S'il s'agit d'interdire la transcription de la filiation à l'égard de la mère d'intention, il n'est pas besoin de se fonder sur l'article 47 du code civil; les articles 16-7 et 16-9 suffisent.

Je reconnais que l'exercice est compliqué: l'interdit de la GPA en France doit être rappelé fermement et il convient de trouver une solution qui conforte cet interdit tout en faisant primer l'intérêt supérieur de l'enfant.

A cet égard, au § 39 de son avis consultatif, la Cour EDH admet qu'il est "concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire".

Elle 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 légale." (§53)

Dès lors, quelles sont les voies de droit pour établir ce lien de filiation ?

Suite à la condamnation de la France par la Cour EDH en 2014, la Cour de cassation a assoupli sa jurisprudence et depuis ses arrêts du 5 juillet 2017, elle juge 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.

C'est dans ce contexte et au regard de cet état jurisprudentiel que l'assemblée plénière, saisie par la Cour de réexamen dans le cadre du présent pourvoi, a transmis une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme sur les deux questions concernant la conformité de sa jurisprudence avec les exigences de la Cour EDH.

Vous avez demandé à la Cour EDH si un État-partie n'excède pas 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 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.

Dans l'hypothèse d'une réponse positive, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter

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

La Cour EDH dans son avis rendu à l'unanimité répond que l'Etat peut continuer à refuser la transcription mais qu'il a une obligation positive de proposer d'autres voies de reconnaissance de filiation entre l'enfant et la mère d'intention produisant les mêmes effets que la transcription (§53 et 55).

Elle confirme que cette reconnaissance peut se faire par d'autres voies telles que l'adoption et elle précise que si l'Etat jouit d'une marge d'appréciation quant au choix du mécanisme d'établissement de cette filiation en droit interne, en revanche, le mode de filiation choisi doit remplir des conditions d'efficacité et de célérité, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant et ce, au regard des circonstances de fait propres à l'affaire X... afin de sécuriser et de stabiliser la situation de l'enfant.

Si l'adoption est une voie suffisante, possible, adaptée et envisageable dans d'autres cas d'espèces, il me semble qu'au regard des circonstances de fait propres à l'affaire X..., ce choix n'est pas satisfaisant.

Je vous rappelle d'abord que l'instance a été reprise par A... et B... X... qui ne demandent pas l'adoption. Vous ne pouvez pas les obliger ou tout du moins (ce qui revient au même), les renvoyer et inviter à agir de la sorte, sauf à prendre le risque d'une nouvelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour ingérence dans leur vie privée.

En outre, la procédure d'adoption à laquelle vous seriez obligés de les renvoyer ne remplit pas les conditions d'exigences de célérité et d'effectivité requises par la Cour EDH.

En effet, l'écoulement du temps fait que l'âge actuel de 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 rapporteur, cette question est inédite et la réponse **très incertaine**. Donc, elle ne répond pas à l'exigence d'efficacité.

Seule l'adoption simple pourrait ainsi être envisagée, mais elle 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 de sorte qu'eu égard aux circonstances de l'espèce, l'établissement de la filiation par la voie de l'adoption simple serait dégradé en comparaison à d'autres modes d'établissement.

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**. L'adoption simple ne répond donc pas aux exigences d'efficacité. En outre, plusieurs aléas que vous connaissez, ont été pointés concernant la procédure d'adoption et notamment par la Cour EDH.

On peut donc douter que les conditions actuelles du prononcé de l'adoption intra-familiale soient véritablement adaptées au cas d'espèce de l'affaire X... 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), de sorte que les conditions d'effectivité et de célérité exigées par la Cour européenne ne sont pas remplies.

Ainsi, si votre Cour cassait l'arrêt de la cour d'appel de Paris sans statuer au fond en se limitant à ordonner la transcription de l'acte étranger uniquement à l'égard de M. X... et en renvoyant B... et A... X... à mieux se pourvoir pour établir leur lien de filiation, notamment en les invitant à mettre en oeuvre une procédure d'adoption, elle renverrait 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.

La Cour de cassation ne peut se contenter de cette réponse insatisfaisante qui laisse A... et B... X... dans une situation juridique incertaine et qui ne mettrait pas fin au litige, au risque que la France soit à nouveau condamnée par la Cour européenne.

### **Quelles autres solutions se présentent à vous ? Il y en a 2.**

La première est la transcription du jugement désignant Mme X... comme la mère "légale".

Cette solution reviendrait à instaurer une automaticité de la transcription et par voie de conséquence à légitimer de fait la gestation pour autrui et ce, en contradiction avec notre droit positif qui la prohibe.

Ainsi, en l'état de notre législation cette transcription ne me paraît ni possible, ni envisageable.

La Cour EDH elle-même, nous a dit que vous n'étiez pas tenus de transcrire mais que vous avez une obligation positive de proposer un mode de filiation.

La Cour EDH n'a pas non plus limité sa réponse à l'adoption.

Elle indique que cette voie peut notamment être l'adoption, mais qu'en tout état de cause, il appartient à l'Etat, au regard des faits propres à chaque espèce, de proposer une voie afin d'établir la filiation répondant aux exigences de célérité et d'efficacité.

Dans l'affaire X..., une autre solution s'offre à la Cour de cassation qui répond à ces deux exigences et qui dans le cadre de son office lui permettrait de mettre fin au litige.

Notre code civil comporte, en effet, un autre mode d'établissement de la filiation entre un enfant et un parent: la possession d'état invoquée par A... et B... X... qui ont repris l'instance et souhaitent voir établir leur filiation par cette voie.

Même si la Cour européenne ne cite pas expressément la possession d'état dans son avis, 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)

Dans leurs dernières écritures, A... et B... X... sollicitent la transcription à l'état civil des

actes de naissances "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".

Comme je vous l'ai indiqué, le nouvel office du juge de cassation lui permet désormais après une cassation sans renvoi de statuer au fond dans le cadre d'une bonne administration de la justice afin de répondre aux exigences de célérité et d'efficacité: vous pouvez donc vous emparer de la demande relative à la possession d'état.

La demande de transcription à l'état civil des actes de naissances "en considération expresse de la filiation établie par la possession d'état constatée depuis par l'acte de notoriété dressé par le juge du tribunal d'instance de Charenton-Le-Pont le 11 mai 2018", n'est pas nouvelle puisqu'elle avait déjà été formulée devant le juge d'appel.

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

Cette pièce, nouveau moyen de preuve est recevable.

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 et d'en tirer les conséquences.

Il s'agit en l'état de constater l'existence d'un acte de notoriété dressé par un juge judiciaire (et non par un notaire à qui le législateur a donné cette compétence par la loi du 23 mars 2019) et **non contesté à ce jour**, établissant un lien de filiation entre Mme 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.

J'entends certains dire que la possession d'état ne peut pas être utilisée pour établir la filiation de A... et B... X....

Or, la possession d'état est en droit français un mode d'établissement de la filiation prévu par la loi.

Ainsi l'article 310-1 du code civil dispose que : "La possession d'état est en droit français un mode d'établissement de la filiation qui est légalement établie par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété."

Comme le relève Mme la conseillère Le Cotty, "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".

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 et ce, indépendamment du mode de procréation, sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié in concreto. Ainsi, le 12 septembre dernier, la première chambre civile dans le cadre d'un conflit de filiation d'un enfant né d'une GPA réalisée en France, tout en rappelant l'interdit de la GPA, a fait primer la réalité sociologique indépendamment de la réalité biologique, au regard du vécu de l'enfant afin de maintenir le lien existant, et ce, en se fondant sur l'intérêt supérieur de

l'enfant.

Or, la possession d'état consacre la réalité du "vécu de l'enfant";

Dès lors, admettre la possession d'état dans ce dossier, ne serait pas en rupture ou en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation mais bien au contraire dans le sens de son évolution.

Il ne s'agit donc pas d'une vérité biologique mais **d'une vérité sociologique**, ce sont les liens affectifs tissés entre l'enfant et ceux qui se comportent comme ses parents.

L'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, constate que :

- B... et A... X... vivent au domicile de M. Et Mme X... depuis leur naissance,
- tant l'entourage familial qu'amical de la famille X... confirme que M. et Mme X... se comportent à l'égard de B... et A... depuis leurs naissances comme des parents attentionnés,
- le collègue dans lequel B... et A... ont été scolarisées considère M. et Mme 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.

Ainsi, cet acte de notoriété 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 la durée.

Le juge a fait une appréciation in concreto des éléments produits non équivoques, stables, solides, d'une situation familiale consolidée depuis plus de 18 ans et qui 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 constatée par un acte de notoriété judiciairement établi, soit portée en marge des actes de naissance respectifs des enfants?

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

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.

Je l'ai dit, 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.

La possession d'état produit toutes les conséquences qui découlent selon la loi française, alors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère.

De même, on ne peut pas soutenir que la possession d'état n'est pas reconnue par l'autorité publique puisqu'elle est reconnue par l'école ou encore la sécurité sociale. Une contestation par l'autorité publique serait tout à fait paradoxale au vu de cette reconnaissance sociale.

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.

Il en résulte que l'argument tiré de ce que la possession d'état pourrait être contestée car elle serait jugée équivoque 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 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"**.

J'ajouterai que cette possibilité d'établir la filiation par la possession d'état a déjà été évoquée devant la Cour européenne, à l'occasion de litiges portant sur la transcription à l'état civil français d'actes de naissance d'enfant né d'une gestation pour autrui et que le Gouvernement français, lui même, avait envisagé la possibilité d'établir leur lien de filiation par la voie de la possession d'état dans les affaires Foulon et Bouvet c/ France, arrêt du 21 juillet 2016, et Laborie c/ France, du 19 janvier 2017.

La Cour européenne observe que le Gouvernement entend déduire de ce nouvel état du droit positif français que les 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).

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

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" 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 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 EDH.

Il résulte de cette analyse juridique et jurisprudentielle appliquée aux circonstances particulières de l'espèce, que l'acte de notoriété établissant la possession d'état d'enfants de B... et de A... avec Mme X..., s'inscrit dans une durée et une stabilité certaines et substantielles. La 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. En outre elle est 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 droit.

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 leurs actes de naissance respectifs. 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 et répond aux exigences de la Cour de Strasbourg quant à l'obligation positive à la charge de l'Etat 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.

Enfin cette approche privilégie l'intérêt supérieur des enfants qui ne doivent pas être injustement sanctionnés pour les choix de leurs parents, 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.

Aucune fraude ne peut être reprochée aux enfants.

### **Portée de la décision**

J'entends que cette solution oblige à différencier le cas du père de celui de la mère, mais en l'état de notre droit positif on ne peut faire autrement sauf à faire fi de la prohibition de la GPA en France.

Et une telle différenciation ne fait pas obstacle au fait d'atteindre le but recherché: établir la filiation de A... et B... X....

J'entends que cette solution ne pourra pas s'appliquer aux couples homosexuels mais c'est la loi qui ne le permet pas, article 6-1 du code civil.

J'entends que cette solution ne répondra pas non plus aux nombreuses questions restées en suspens dans le cadre de la gestation pour autrui, mais tout en disant le droit, elle permettra d'apporter une réponse à cette situation d'une grande fragilité.

**Au bénéfice de ces observations et de l'ensemble de ces développements, je conclus à l'irrecevabilité de l'intervention de l'association Arcilesbica et sur le fond, 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.**