

Paris, le 22 janvier 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-016

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 8 et 14, ainsi que le Protocole n°16 à la Convention ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, notamment l'article 3 § 1 ;

Ayant pris connaissance de la demande d'avis consultatif de la Cour de cassation française, adressée à la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement du Protocole n°16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, accueillie le 3 décembre 2018,

Ayant été autorisé par le Président de la Grande Chambre à présenter des observations écrites en qualité de tiers-intervenant,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour,

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Le 16 octobre 2018, la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») a reçu une demande d'avis consultatif de la Cour de cassation française au titre du Protocole n°16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).¹ Le 3 décembre dernier, le collège de cinq juges de la Grande Chambre a accueilli la demande.

La demande d'avis porte sur la reconnaissance dans l'ordre juridique interne du lien de filiation, légalement établi à l'étranger, entre les enfants nés d'une gestation pour autrui (« GPA ») et leurs parents. Les questions posées par la Cour de cassation sont les suivantes :

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

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

I. Le droit des enfants nés de GPA de faire établir leur identité et leur filiation

Selon une jurisprudence constante, la Cour rappelle que le droit au respect de la vie privée des enfants comme des adultes, tel que protégé par l'article 8 de la Convention, exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain.² Ce droit inclut celui de pouvoir établir sa filiation.³ Ce principe doit s'appliquer à tous les enfants quels que soient leur mode de conception et leurs conditions de naissance, conformément à l'article 14 de la Convention qui garantit la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention, sans distinction aucune, fondée sur la naissance ou toute autre situation.

Le droit à l'identité des enfants est également garanti par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (« CIDE ») que la Cour prend toujours en compte dans l'interprétation des obligations de l'Etat au regard de la Convention.⁴ L'article 8 de la CIDE dispose en effet que les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible. En outre, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, y compris celles relatives à la filiation, l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être une considération primordiale, conformément à l'article 3 § 1 de la CIDE.

¹ Cass. Ass. Plén., 5 octobre 2018, n°10-19053.

² Par exemple, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, §§ 53-54, CEDH 2002-I.

³ *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 96, CEDH 2014 ; *Labassee c. France*, n° 65941/11, § 75, 26 juin 2014.

⁴ Voir par exemple *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, 6 décembre 2007 et *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, §§ 131-132, CEDH 2010.

II. L'état du droit depuis les arrêts de la Cour

A la suite des arrêts *Mennesson* et *Labassee* du 26 juin 2014, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en deux temps dans le contentieux relatif à la transcription au sein des registres de l'état civil français des actes de naissance étrangers d'enfants nés de GPA.

Dans deux arrêts du 3 juillet 2015, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, visant l'article 47 du code civil, le décret du 3 août 1962 et l'article 8 de la Convention, a ainsi considéré que la convention de GPA ne peut plus faire obstacle à la reconnaissance en France de la filiation, légalement établie à l'étranger, des enfants nés de ce mode de conception.⁵ Dès lors qu'au regard de l'article 47 précité, l'acte de naissance n'est pas irrégulier, falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité, il peut être transcrit dans les registres de l'état civil français. Ainsi, dans ces deux affaires, les actes de naissance mentionnant comme père celui qui avait effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant accouché, ont fait l'objet d'une transcription complète.

Puis, dans plusieurs arrêts du 5 juillet 2017, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a statué sur la question de la transcription du lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention, qui n'avait pas été tranchée en 2015. Explicitant son interprétation de l'article 47 du code civil, la Cour considère désormais que l'acte de naissance d'un enfant né de GPA peut être transcrit sur les registres de l'état civil français en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la mère d'intention, celle-ci n'ayant pas accouché de l'enfant. Ainsi, seule une transcription partielle de l'acte est possible.⁶

Visant l'article 8 de la Convention, l'article 3 § 1 de la CIDE et les articles 353 et 361 du code civil⁷, la Cour de cassation ajoute que le recours à la GPA ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux ou l'épouse du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.⁸ La Cour est ainsi revenue sur sa jurisprudence antérieure.⁹

Ainsi que le relève la doctrine, la jurisprudence de la Cour de cassation a abandonné une position de principe concernant le processus de GPA au profit d'un examen différencié des situations.¹⁰

La notion de « réalité » de l'article 47 du code civil¹¹ et le principe *mater semper certa est*, visé à l'article 311-14 du code civil,¹² sont ainsi au cœur de la problématique de la transcription des actes de naissance étrangers des enfants nés de GPA au sein des registres de l'état civil français.

Les règles relatives à la transcription d'un acte d'état civil étranger sont régies par l'article 47 précité, aux termes duquel les faits déclarés dans l'acte doivent correspondre à la réalité pour que ce dernier puisse être transcrit.

La notion de « réalité » au sens de l'article 47 fait l'objet de différentes acceptations.

⁵ Cass. Ass. Plén., arrêts du 3 juillet 2015, pourvois n° 14-21323 et 15-50002.

⁶ Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, n° 16-16901, n° 16-50015, n° 16-16455, n° 16-16495, n° 15-28597, n° 16-20052 ; Voir également Civ. 1^{ère}, 29 novembre 2017, n° 16-50061 et 14 mars 2018, n°17-50021.

⁷ Dispositions concernant l'adoption plénière et simple. H. Fulchiron, *Oui à l'adoption plénière de l'enfant né par GPA*, Droit de la famille n°11, novembre 2018.

⁸ Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, n° 16-16455.

⁹ Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-120.105.

¹⁰ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation*, Dalloz, septembre 2015.

¹¹ « 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. »

¹² « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ».

Faisant une lecture combinée de l'article 47 du code civil et du principe *mater semper certa est*, la Cour de cassation considère que « la réalité » au sens de cet article est la réalité de l'accouchement.¹³ Dès lors, le nom de la mère d'intention apparaissant sur l'acte de naissance ne peut être transcrit dans les registres de l'état civil français. Ainsi, la Cour de cassation fait prévaloir la transcription du lien de filiation biologique.

Visant l'article 8 de la Convention, la Cour considère que le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse, et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil. Elle ajoute que ce refus de transcription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, au regard du but légitime poursuivi :

« qu'en effet, d'abord, l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité française aux enfants nés d'une [GPA] ; qu'ensuite, en considération de l'intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la [GPA] ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle ; qu'enfin, l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père ».

En revanche, de manière constante, le tribunal de grande instance (« TGI ») de Nantes, qui dispose de la compétence exclusive pour connaître des demandes de transcription d'actes d'état civil étrangers, fait prévaloir « la réalité juridique » sur la « réalité biologique » et ordonne la transcription complète des actes de naissance étrangers des enfants nés de GPA.

Selon le tribunal, le fait que la mère mentionnée sur l'acte ne soit pas celle qui a accouché de l'enfant « *ne saurait justifier lui seul le refus de reconnaissance de cette filiation maternelle, qui est la seule juridiquement reconnue comme régulièrement établie dans le pays de naissance et qui donc correspond à la réalité juridique* ». Il ajoute qu'il n'est ni établi ni soutenu que les actes de naissance ont été dressés en fraude à la loi étrangère, ni justifié que les enfants disposeraient d'une filiation régulièrement établie dont les énonciations contrediraient celles figurant dans les actes de naissance apostillés. Enfin, le tribunal indique que l'intérêt supérieur de l'enfant « *implique la reconnaissance de la situation constituée à l'étranger en conformité avec la loi étrangère, afin de garantir sur le territoire national le droit au respect de son identité dont la filiation et la nationalité française constituent un aspect essentiel. Ce même intérêt supérieur de l'enfant suppose également de pouvoir bénéficier de la protection et de l'éducation du couple parental, de la stabilité des liens familiaux et affectifs, ainsi que de la continuité de la communauté de la vie effective et affective qu'il partage avec ses parents et enfin, d'avoir un rattachement juridique tant à l'égard de son père que de sa mère, lui permettant son intégration complète dans sa famille et l'inscription sur le livret de famille de ses parents.* »¹⁴

Le Défenseur des droits souscrit au raisonnement du TGI de Nantes, qui permet de reconnaître, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, le statut juridique des parents d'intention tel que légalement inscrit dans l'acte de naissance étranger.

Après avoir repris pendant un temps la motivation du TGI de Nantes,¹⁵ la cour d'appel de Rennes semble désormais s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de cassation et ordonner la transcription partielle de l'acte de naissance en ce qu'il mentionne le père.

Enfin, sur le plan législatif, il convient de signaler la loi du 18 novembre 2016 qui prévoit désormais une procédure de réexamen des décisions civiles en matière d'état des personnes,

¹³ H. Fulchiron, *La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption*, Dalloz n° 30, septembre 2017.

¹⁴ Par exemple, TGI Nantes, 14 décembre 2017, 16/04096 ; 13 mai 2015, 14/07497 ; 17 septembre 2015, 15/02603 ; 24 novembre 2016, n°15/06805.

¹⁵ A titre d'exemple, CA Rennes, 7 mars 2016, n°15/03855.

lorsqu'il résulte d'un arrêt de la Cour que la décision a été prononcée en violation de la Convention ou de ses protocoles additionnels.¹⁶

III. La question de la conformité du droit français à la Convention

1. L'avis de la Cour, une opportunité pour clarifier sa jurisprudence

Selon A. Gouttenoire et F. Sudre, par cette demande d'avis, soit la Cour de cassation « *souhaite maintenir sa jurisprudence et espère obtenir le soutien de la Cour européenne, soit [...] elle souhaite faire évoluer sa jurisprudence et préfère que l'impulsion vienne du juge de Strasbourg, soit enfin [...] elle s'interroge sur la position réelle de la Cour européenne à propos de la reconnaissance de la filiation maternelle.* »¹⁷

Afin de répondre aux questions de la Cour de cassation, il semble nécessaire de clarifier au préalable l'interprétation qui est à faire des arrêts *Menesson* et *Labassee c. France* et de ceux qui ont suivi.¹⁸ Ces arrêts ont donné lieu à de nombreux commentaires et à différentes lectures de la doctrine.¹⁹ L'avis de la Cour sera donc à cet égard éclairant et déterminant pour les suites du contentieux relatif à la reconnaissance dans l'ordre juridique interne de la filiation des enfants nés de GPA, légalement établie à l'étranger.

Les arrêts de la Cour font en effet ressortir certaines ambiguïtés.

Au § 100 de l'arrêt *Menesson*, la Cour a considéré que « *[l'] analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant* », ajoutant :

« on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (...). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, 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, l'Etat défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. »

A la lecture de ce paragraphe, il semble que la Cour estime que le seul moyen qui permet de reconnaître la filiation de l'enfant est l'établissement de la filiation à l'égard du parent biologique. La majorité de la doctrine fait cette interprétation.²⁰ La Cour semble donc faire ici prévaloir la filiation biologique sur la parentalité d'intention.

Cependant, dans ses différents arrêts, la Cour ne s'est jamais clairement prononcée sur la question de la reconnaissance de la filiation entre l'enfant et le parent d'intention. Certains

¹⁶ Article L452-1 du code de l'organisation judiciaire.

¹⁷ A. Gouttenoire et F. Sudre, *L'audace d'une première demande d'avis consultatif à la Cour EDH*, Sem. jur. éd. gén. n° 46, 12 Novembre 2018, 1190.

¹⁸ *Foulon et Bouvet c. France*, nos 9063/14 et 10410/14, 21 juillet 2016 ; *Laborie c France*, 19 janvier 2017, n°44024/13.

¹⁹ Voir, à titre d'exemple, H. Fulchiron, Ch. Bidaud-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labasse, Menesson et Campanelli-Paradiso de la CEDH*, RCDIP 2015, *Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères*, Dalloz 2014, 1773 ; A. Gouttenoire, *Convention de GPA – condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant*, Sem. jur. éd. gén., juillet 2014, 877, *La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima*, Sem. jur. éd. gén., N° 38, 2015, 965 ; M.-C. Le Boursicot, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, *GPA : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation consulte la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de la mère d'intention*, RJPF n° 11, Novembre 2018 ; J.-P. Jacqué, *Actualité du renvoi préjudiciel*, RTEur., oct. 2018.

²⁰ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Gestation pour autrui internationale : changement de cap ...*, op. cit. ; A. Gouttenoire, *Convention de GPA - Condamnation mesurée ...*, op. cit.

passages des arrêts *Menesson* et *Labassee* la traitent indirectement, faisant ainsi apparaître ambiguïtés et incertitudes quant à l'exacte portée de ses arrêts.²¹

En effet, sur le refus de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le parent « non biologique » ou le parent dit « d'intention » ou « social », la Cour considère qu'une telle situation pose « *une question grave de compatibilité avec l'intérêt supérieur des enfants* » et qu'elle pourrait donc poser problème au regard tant de la Convention que de la CIDE :

« 99. 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 (...) Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant. »

La Cour ajoute qu'une telle situation porte atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française :

*« Or, en l'état du droit positif, les troisième et quatrième requérantes se trouvent à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit californien, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française. »*²²

La Cour constate en outre que l'absence d'une telle reconnaissance de filiation à l'égard de la mère d'intention place l'enfant dans une situation moins favorable que les autres enfants sur le plan successoral et pose problème au regard du droit au respect de leur identité :

« 98. La Cour constate en outre que le fait pour les troisième et quatrième requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu'il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d'État a souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers (...), c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés. »

Selon une interprétation plus large des arrêts *Menesson* et *Labassee* et des arrêts qui ont suivi, on pourrait déduire de ces paragraphes que le refus de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention, légalement établi à l'étranger, pourrait également constituer une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants.²³

²¹ Voir, à titre d'exemple, Rapport de la Conseillère-Rapporteuse A. Martinel de la Cour de cassation, n°S1019053, p.23 « ... Mais n'ont-ils pas créé des "zones grises" ? Les décisions ultérieures de la Cour européenne ne sont-elles pas venues ensuite ajouter au trouble ? On peut légitimement s'interroger. » ; J.-P. Marguénaud, *L'affaire Menesson à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation*, RTD Civ. 2018 p.847

²² *Menesson*, § 96.

²³ Voir également Rapport de la Conseillère-Rapporteuse A. Martinel de la Cour de cassation précité, p.53.

De l'avis du Défenseur, cette interprétation serait davantage conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant qui devrait conduire à permettre à un enfant né à l'étranger d'une GPA de jouir de la filiation légalement établie à l'étranger à l'égard de ses deux parents, et d'une protection juridique rendant possible son intégration et son développement au sein de sa famille.

Un parallèle peut d'ailleurs être fait avec l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, dans laquelle la Cour a considéré que constituait une violation de l'article 8 de la Convention le refus des autorités d'accorder l'exequatur à un jugement péruvien prononçant l'adoption plénière de l'enfant, en se fondant sur une application des règles de conflits de lois. Elle a reproché à celles-ci de n'avoir pas tenu compte de la réalité sociale de la situation de la mère adoptante et de l'enfant. N'ayant pas admis l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption plénière au Luxembourg, la Cour a considéré que la mère et l'enfant avaient subi des inconvénients dans leur vie quotidienne et l'enfant ne s'était pas vu « *accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans la famille adoptive* ». La Cour a ajouté : « *Rappelant que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires (...), la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. Cependant, les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière.* »²⁴

La Conseillère-Rapporteuse A. Martinel de la Cour de cassation relève également les ambiguïtés des arrêts de la Cour et s'interroge : « *Jusqu'où faut-il aller ? Certains commentateurs commencent à se le demander* ». ²⁵ Encore récemment, les incertitudes quant à la portée des arrêts de la Cour ont été ravivées avec l'affaire *Laborie c. France*.²⁶

2. Une mise en conformité du droit français à la Convention qui semble insuffisante

Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'étendue de la marge d'appréciation consentie aux Etats varie selon les circonstances, la nature du droit protégé et celle de l'ingérence.²⁷ Si les Etats disposent *a priori* d'une large marge d'appréciation en matière de reconnaissance du lien de filiation entre les enfants nés de GPA et leurs parents, légalement établi à l'étranger, comme l'a indiqué la Cour dans l'affaire *Menesson*, celle-ci doit être réduite eu égard à la nature et l'importance du droit invoqué en l'espèce : le droit à l'identité et à la filiation protégé par l'article 8 de la Convention. En tout état de cause, la Cour rappelle systématiquement que « *les choix opérés par l'Etat, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour* ». ²⁸

Dès lors, dans le cadre de ce contrôle, la Cour doit rechercher si la solution retenue par la Cour de cassation a ménagé un juste équilibre entre les intérêts de l'Etat et les droits des enfants concernés, et accordé une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant conformément à ce qu'exige l'article 3 de la CIDE.²⁹

a) La grille de lecture de l'article 47 du code civil à la lumière de la jurisprudence de la Cour

²⁴ *Wagner et J.M.W.L.*, précité, §§ 132 et suivants.

²⁵ Rapport de la Conseillère-Rapporteuse A. Martinel de la Cour de cassation précité, p.28.

²⁶ Affaire précitée ; J.-P. Marguénaud, L.Usunier, *Variations européennes sur le thème de la gestation pour autrui*, RTD Civ. 2017 ; voir également A.-B. Caire, *L'ultime condamnation de la France par la Cour européenne des droits l'homme en matière de filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui ?*, Dalloz 2017, 1229.

²⁷ Voir *Marper et S. c. Royaume-Uni* [GC], nos 30562/04 et 30566/04, § 102, 4 décembre 2008.

²⁸ *Menesson*, § 81.

²⁹ *Ibid*, §81. Voir, parmi d'autres, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, §§ 133-134, 28 juin 2007.

Si une interprétation large des arrêts de la Cour devait être faite et conduire à la reconnaissance du lien de filiation, légalement établi à l'étranger, entre l'enfant né d'une GPA et ses deux parents, la jurisprudence de la Cour de cassation ne serait pas en conformité avec la Convention.

Si une interprétation stricte des arrêts de la Cour devait être faite et conduire uniquement à la reconnaissance du lien de filiation biologique entre l'enfant et le parent, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation ferait apparaître – malgré ses récentes évolutions – des contradictions avec la jurisprudence de la Cour ; ce qui a d'ailleurs conduit la Cour de cassation à poser la sous-question : « *A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ?* ».

→ La question de la reconnaissance du lien de filiation génétique de la mère d'intention

En effet, la lecture combinée de l'article 8 de la Convention, de l'article 47 du code civil et du principe *mater semper certa est* a conduit la Cour de cassation à refuser la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger lorsque le nom de la mère mentionnée sur l'acte n'est pas celui de la femme qui a accouché de l'enfant.

Le principe *mater semper certa est* conditionne en droit français la filiation maternelle à l'accouchement et fait ainsi obstacle à l'établissement de la filiation de la mère d'intention.³⁰

Or dans le cadre d'une GPA, nous pouvons être en présence d'un lien génétique entre l'enfant et la mère d'intention qui aurait fait un don d'ovocytes. En application de la jurisprudence de la CEDH, ce lien génétique doit être reconnu en droit interne ; ce qui est rendu impossible en l'état actuel du droit français en raison de l'application du principe *mater semper certa est*. Le Défenseur des droits a été récemment saisi d'une telle situation qui a été portée devant le TGI de Nantes.

Soulignons que la GPA peut recouvrir plusieurs situations : « — *la conception de l'enfant résulte d'une fécondation in vitro (FIV) des gamètes du couple d'intention, suivie du transfert chez la gestatrice : ici, le couple d'intention est dans la situation de parents génétiques de l'enfant ; — la conception de l'enfant résulte d'une FIV (ou d'une insémination) utilisant les spermatozoïdes du partenaire du couple d'intention et les ovocytes de la gestatrice, suivie du transfert chez la gestatrice : ici, la gestatrice est à la fois « génétique » et « porteuse » et le couple d'intention n'a qu'un lien génétique partiel avec l'enfant, par le partenaire géniteur ; — la conception de l'enfant résulte de la FIV utilisant un ovocyte provenant d'une donneuse fécondé par les spermatozoïdes du partenaire du couple intentionnel, suivie du transfert chez la gestatrice, ou bien, elle résulte de la fécondation de l'ovocyte de la mère d'intention par des spermatozoïdes provenant d'un donneur : ici, le couple d'intention n'a ici qu'un lien génétique partiel avec l'enfant ; — la conception de l'enfant résulte d'une FIV utilisant un double don de gamètes, spermatozoïdes d'un donneur et ovocytes d'une donneuse, suivie du transfert chez la gestatrice : le couple d'intention n'a ici aucun lien génétique avec l'enfant. »³¹*

Dès lors, la grille de lecture actuelle de l'article 47 du code civil peut ne plus sembler si pertinente en ce qu'elle ne permet pas de rendre compte de la diversité de ces situations créées par la GPA.³² C'est le constat du Conseil d'Etat dans son étude de 2018 :

« *S'agissant de la mère d'intention, cette analyse repose sur la vision traditionnelle, non remise en cause jusqu'ici, selon laquelle la mère est toujours certaine puisqu'elle accouche de l'enfant. Or, cette affirmation peut ne plus être vraie. En effet, certaines GPA peuvent être réalisées avec les gamètes de la mère d'intention qui ne mettra pas l'enfant au monde pour autant. Une telle fragmentation de la maternité entre le lien génétique, le lien gestationnel et*

³⁰ Cass. Ass. Plén., 5 octobre 2018, n°10-19053.

³¹ Voir à cet égard Académie nationale de médecine, La gestation pour autrui, Rapport 09-05, Bull. Acad. Natle Méd., 2009, 193, n° 3, 583-618, séance du 10 mars 2009.

³² T. Coustet, *GPA : la Cour de cassation demande l'avis de la CEDH*, Dalloz actualité, 10 octobre 2018.

le projet parental fragilise nécessairement cette approche de la maternité comme une et évidente. »³³

Déjà en 2014, H. Fulchiron s'interrogeait sur la question de la reconnaissance de la maternité biologique de la mère d'intention à la suite des arrêts *Mennesson* et *Labassee* : « En l'état actuel du droit, la règle "*mater semper certa est*" semble donc faire barrage à l'établissement de la maternité biologique de la mère d'intention (...) Seule une réforme du droit de la filiation permettrait de franchir l'obstacle... ».³⁴

La Conseillère-Rapporteuse A. Martinel de la Cour de cassation s'interroge également : « En effet, comment articuler ces deux principes dans le cas particulier dans lequel les ovocytes de la mère d'intention auraient été utilisés pour la fécondation *in vitro* qui précède la gestation pour autrui ? La "mère d'intention" serait également la "mère génétique". Au regard de l'importance attachée par les juges de Strasbourg à la vérité biologique, le principe *mater semper certa est* pourrait-il toujours faire écran ? ».³⁵

Le refus de transcription du lien de filiation génétique entre la mère d'intention et l'enfant pourrait donc entrer en contradiction avec la jurisprudence de la Cour.

→ La position du TGI de Nantes : une solution qui fait prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant sur le principe *mater semper certa est*

Faisant une interprétation audacieuse de l'article 47 du code civil, le TGI de Nantes a considéré quant à lui que le principe *mater semper certa est* ne saurait justifier à lui seul le refus de reconnaissance de la filiation maternelle, qui est la seule juridiquement reconnue comme régulièrement établie dans le pays de naissance et qui donc correspond à la réalité juridique. Selon lui, l'intérêt supérieur de l'enfant commande la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger, afin de garantir à ce dernier le droit au respect de son identité et de bénéficier « de la protection et de l'éducation du couple parental (...) la stabilité des liens familiaux et affectifs (...) un rattachement juridique tant l'égard de son père que de sa mère, lui permettant son intégration complète dans sa famille et l'inscription sur le livret de famille de ses parents. » Comme indiqué précédemment, un tel raisonnement permet de reconnaître, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, le statut juridique des parents d'intention tel que légalement inscrit dans l'acte de naissance étranger.

b) Les conséquences du refus de reconnaissance de la filiation maternelle d'intention sur la vie privée et la protection de l'enfant

Dans ses arrêts du 5 juillet 2017, la Cour de cassation estime que la transcription partielle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, dès lors que les autorités n'empêchent pas ce dernier de vivre en famille, qu'un certificat de nationalité française lui est délivré et qu'il existe une possibilité d'adoption par l'épouse ou l'époux du père.

Cependant, comme l'a déjà relevé la Cour dans les arrêts *Mennesson* et *Labassee*, l'absence de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention crée une « situation d'incertitude juridique », qui porte une « atteinte à leur identité au sein de la société française ».³⁶

³³ Conseil d'Etat, Etude, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 2018, p.85. Voir également A.-B. Caire, *L'ultime condamnation de la France ...*, op. cit. ; M.-C. Le Boursicot, *GPA : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ...*, op. cit.

³⁴ H. Fulchiron, Ch. Bidaud-Garon, *Ne punissez pas ...*, op. cit.

³⁵ Rapport précité, p.66.

³⁶ *Mennesson*, § 96.

Le refus de reconnaissance de la filiation maternelle d'intention a des conséquences sur la vie privée et la protection de l'enfant, les droits attachés à la filiation, tels que l'exercice de l'autorité parentale, l'acquisition de la nationalité française et la jouissance de droits successoraux.

Or, comme le rappelle la Cour, la nationalité est un élément de l'identité des enfants.³⁷ Malgré la circulaire "Taubira" du 25 janvier 2013, les enfants nés de GPA peuvent encore rencontrer des difficultés pour acquérir la nationalité française.³⁸ Le Défenseur des droits a été saisi de réclamations rapportant des refus de délivrance de certificats de nationalité et de passeports.

Une telle situation a en outre des conséquences préjudiciables sur le plan successoral. C'est ce que constate la Cour en s'appuyant sur une étude du Conseil d'Etat de 2009 : l'enfant né à l'étranger d'une GPA ne peut hériter des parents d'intention que s'il a été institué légataire ; ses droits successoraux sont alors calculés moins favorablement. Or les droits successoraux sont, rappelle la Cour, un élément de l'identité filiale dont les enfants nés à l'étranger d'une GPA se trouvent privés.³⁹

La Conseillère-Rapporteuse A. Martinel de la Cour de cassation reconnaît également qu'une telle situation est source d'insécurité juridique pour l'enfant : « *Mais l'absence de reconnaissance de la filiation maternelle, alors que l'enfant vit avec sa mère d'intention, ne peut-elle pas être une source de difficultés ? Que se passerait-il si le père venait à décéder ? L'enfant devrait-il alors être remis à sa mère biologique qui a, elle aussi, conclu un contrat (certes licite dans son pays) par lequel elle a abandonné l'enfant ? Qui exercerait l'autorité parentale dans une situation qui peut être provisoire d'un père dans le coma ? (...)* ». ⁴⁰

c) Les autres voies de droit existantes

→ L'ouverture de l'adoption au parent d'intention comme mode d'établissement du lien de filiation : une solution insatisfaisante au regard de l'article 8 de la Convention

Ainsi que le Défenseur des droits l'a souligné dans un avis du 10 octobre 2018, si l'ouverture de l'adoption au parent d'intention présente des avantages, elle n'apparaît toutefois pas suffisamment respectueuse du droit au respect de la vie privée de l'enfant.⁴¹

Tout d'abord, l'adoption n'est possible que si les parents sont mariés, ce qui peut être perçu comme une atteinte à la liberté des parents.⁴²

Ainsi que le Conseil d'Etat le relève dans son étude de 2018, cette situation crée un décalage dans le temps entre l'établissement de la filiation du parent biologique et du parent d'intention, ainsi qu'une situation d'insécurité juridique pour l'enfant : « *Ainsi, pendant le délai d'adoption, le parent d'intention n'a aucun droit sur l'enfant, pas plus que l'enfant n'en a à son égard, ou plus exactement ils ne pourraient bénéficier l'un, l'autre, que des seuls effets éventuels et incertains d'une filiation établie à l'étranger sans être reconnue en France, ce qui génère une situation d'insécurité juridique dont les conséquences peuvent être importantes en cas de décès d'un des parents ou de séparation* ». ⁴³

La voie de l'adoption présente également un risque pour le parent d'intention : le refus ou la rétractation de l'autre parent, dont le consentement est requis.⁴⁴ Le Conseillère-Rapporteuse

³⁷ *Ibid*, § 97.

³⁸ Voir notamment A. Karila-Danziger, F. Guillaum Joly, *Les gestations pour le compte d'autrui réalisées à l'étranger Vade-mecum administratif du retour en France*, AJ Famille, novembre 2018.

³⁹ *Menesson*, § 99 ; *Labassee*, § 77. Conseil d'Etat, *Etude sur la révision des lois de bioéthique*, 9 avril 2009.

⁴⁰ Rapport de la Conseillère-Rapporteuse A. Martinel de la Cour de cassation précité, p.54.

⁴¹ Défenseur des droits, avis n°18-23 (https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=18013).

⁴² Conseil d'Etat, *Etude, Révision de la loi de bioéthique...*, *op. cit.*, 2018, p.85.

⁴³ *Ibid*.

⁴⁴ L. Brunet, *Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop... ou pas assez ?*, AJ Famille, novembre 2018.

A. Martinel de la Cour de cassation relève également ce risque et les incertitudes de la solution apportée : « *Mais quelle serait la solution si le père biologique refusait finalement de donner son consentement à l'adoption ? (...) Une seule question demeurerait cependant, celle des incertitudes engendrées par cette solution au regard du refus de transcrire la parenté d'intention* ». ⁴⁵

Par ailleurs, ainsi que le relève la doctrine, il n'est pas certain que l'adoption soit prononcée en l'état actuel de la jurisprudence qui fait apparaître certaines résistances des juges du fond et des décisions discordantes : « *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* ». ⁴⁶

Enfin, selon A. Dionisi-Peyrusse, des difficultés techniques peuvent également se présenter : il faudra déterminer qui peut consentir à l'adoption et qui doit y recourir, ce qui n'est pas forcément évident, par exemple, si l'acte indique l'enfant comme né de deux hommes sans préciser qui est le géniteur. Il faudra également admettre qu'une personne puisse adopter un enfant alors qu'elle est déjà considérée comme son parent par le droit étranger. ⁴⁷

Certains auteurs ont considéré que l'adoption « *serait, dans l'esprit des juges de la Cour de cassation, le prix à payer pour l'atteinte portée à l'adage Mater certa semper est, bastion sur lequel l'ordre public français semble désormais s'être rabattu* ». ⁴⁸ Selon A.-M. Leroyer, membre du Collège Défense et Promotion des droits de l'enfant du Défenseur des droits, l'adoption est une voie inappropriée « *à la fois inefficace comme soi-disant sanction et créatrice de discriminations entre le père et la mère d'intention* ». ⁴⁹

Eu égard à ce qui précède, la voie de l'adoption n'apparaît pas satisfaisante pour répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention. Elle l'est d'autant moins en présence d'un lien génétique entre l'enfant et le parent d'intention eu égard à la jurisprudence de la Cour qui impose la reconnaissance de la filiation biologique. ⁵⁰

→ Les autres voies de droit existantes

Le Défenseur des droits a aussi souligné dans son avis que la filiation peut être établie par un acte de reconnaissance (article 316 du code civil). Elle concerne les situations où la présomption de paternité a été écartée ou lorsque la mère ne figure pas dans l'acte de naissance. Cette reconnaissance peut avoir lieu avant ou après la naissance, par le père et/ou la mère. Il s'agit là d'un acte juridique unilatéral qui n'engage que son auteur. Ce mode d'établissement de la filiation entre le parent et l'enfant se heurte cependant à plusieurs obstacles. D'une part, la reconnaissance doit être exempte de vice sous peine de nullité – ce qui nécessiterait de reconnaître comme licite l'acte de naissance étranger indiquant comme parents les deux parents distincts de la mère porteuse et de faire prévaloir la réalité juridique. D'autre part, la mère d'intention se verra opposer le principe *mater semper certa est* et la double reconnaissance paternelle sera impossible dans la situation d'un couple homosexuel. Ce mode d'établissement de la filiation semble donc écarté. ⁵¹

S'agissant de la possession d'état (article 317 du code civil), elle permet d'établir l'existence d'un lien de filiation et de parenté entre un parent et son enfant qui se comportent comme tels

⁴⁵ Rapport de la Conseillère-Rapporteuse A. Martinel de la Cour de cassation précité, pp.54, 59.

⁴⁶ L. Brunet, *Le recul de l'ordre public...*, op. cit.; A. Dionisi-Peyrusse, *Gestation pour autrui : l'acte de naissance ...*, op. cit. ; A.-M. Leroyer, *Transcription de l'acte de naissance des enfants nés par GPA*, RTD civ. 2018, 88.

⁴⁷ A. Dionisi-Peyrusse, *Gestation pour autrui : l'acte de naissance n'a pas à être transcrit en ce qu'il désigne la mère d'intention mais l'adoption par le parent d'intention peut être envisagée!* Cour de cassation, 1ère Civ., 5 juillet 2017, AJ. Famille 2017, p. 482.

⁴⁸ L. Brunet, *Le recul de l'ordre public ...*, op. cit.

⁴⁹ A.-M. Leroyer, *GPA : toujours la même et mauvaise solution refusant la transcription de la filiation maternelle d'intention*, RTD civ. 2018. 377, *Transcription de l'acte de naissance...*, op. cit.

⁵⁰ A. Dionisi-Peyrusse, *Gestation pour autrui : l'acte de naissance ...*, op. cit. « *La CEDH n'a jamais défini la maternité biologique mais il est possible de penser que celle-ci ne se réduit pas à l'accouchement. Or, puisque l'adoption n'est pas censée refléter les origines, il n'est pas certain que l'établissement de la filiation par cette voie à l'égard de la mère génétique réponde aux exigences du droit au respect de la vie privée de l'enfant.* »

⁵¹ H. Fulchiron, Ch. Bidaud-Garon, *Ne punissez pas ...*, op. cit.

dans la réalité, même s'ils n'ont aucun lien biologique. La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent ce lien de filiation et de parenté ; elle doit être continue, paisible, publique et non équivoque (articles 311-1 et 311-2 du code civil). Si ce mode d'établissement de la filiation présente certains avantages, il ne semble pas envisageable pour le parent d'intention, en l'état du droit.⁵² Ainsi que l'a relevé à juste titre la Cour dans l'arrêt *Menesson*, la jurisprudence actuelle fait obstacle à l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant né d'une GPA et la femme qui l'a recueilli à sa naissance par l'effet de la possession d'état.⁵³ En 2016 puis en 2017, elle a réitéré ce constat dans les affaires *Foulon*, *Bouvet* et *Laborie* avant de conclure à une nouvelle violation de l'article 8 de la Convention :

« (...) La Cour relève ensuite 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 paternité ou par celle de la possession d'état ; il indique à cet égard que « ces voies juridiques paraissent aujourd'hui envisageables » (...) Elle relève toutefois le caractère hypothétique de la formule dont use le Gouvernement. Elle constate en outre que les intéressés contestent cette thèse et que le Gouvernement n'en tire lui-même aucune conclusion quant à la recevabilité ou au bien-fondé de leur requête. »⁵⁴

En conclusion, le droit français en l'état actuel ne semble pas suffisamment prendre en compte les exigences de l'article 8 de la Convention et l'intérêt supérieur de l'enfant.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

⁵² Avis n°18-23 précité.

⁵³ *Menesson*, § 33 ; Cass. civ., 1^{ère} chambre, 6 avril 2011 : pourvoi n° 09-17130. H. Fulchiron, Ch. Bidaud-Garon, *Ne punissez pas ...*, *op. cit.*

⁵⁴ Affaires précitées.