DALLOZ actualité
Le quotidien du droit

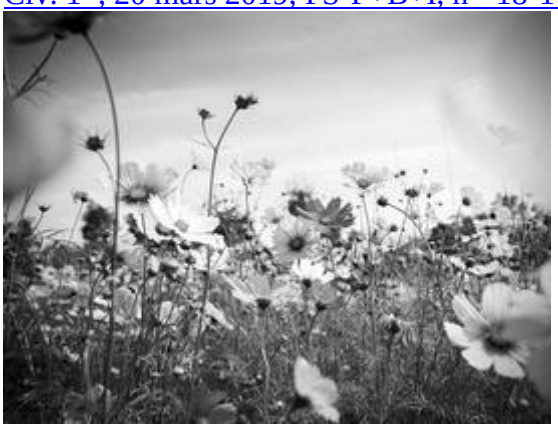
Parenté d'intention : quand l'avis de la CEDH se fait attendre

CIVIL | Famille - Personne

Interrogée sur la possibilité de transcrire les actes d'état civil établis à l'étranger, en ce qu'ils désignent comme parents le père d'intention ayant eu recours à une gestation pour autrui ou la mère d'intention ayant eu recours à une procréation médicalement assistée, la Cour de cassation sursoit à statuer, dans l'attente de l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme.

par Marion Cottet le 8 avril 2019

Civ. 1re, 20 mars 2019, FS-P+B+I, nos 18-11.815 et 18-50.006
Civ. 1re, 20 mars 2019, FS-P+B+I, nos 18-14.751 et 18-50.007



Lorsque, bravant les interdits du droit français interne, un couple marié recourt à une gestation pour autrui ou à une procréation médicalement assistée à l'étranger, la question n'est plus aujourd'hui de savoir si son lien de filiation avec l'enfant pourra être établi, mais comment il pourra l'être. Pour les couples non mariés, en revanche, la question continue à se poser en termes de possibilité et non pas seulement de modalités.

Il y a quelques mois, la Cour de cassation a saisi la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) d'une demande d'avis consultatif au sujet de la position du droit français sur la situation de la mère d'intention ayant eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger (Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, Dalloz actualité, 10 oct. 2018, art. T. Coustet ;

D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet; *ibid*. 1001, édito. F. Rome; *ibid*. 1064, entretien X. Labbée; *ibid*. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid*. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; *ibid*. 2012. 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat; *ibid*. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke; AJ fam. 2011. 262, obs. F. Chénedé; *ibid*. 265, obs. B. Haftel; *ibid*. 266, interview M. Domingo; AJCT 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc; Rev. crit. DIP 2011. 722, note P. Hammje; RTD civ. 2011. 340, obs. J. Hauser).

Par deux arrêts rendus le 20 mars 2019, la haute juridiction vient de surseoir à statuer, dans l'attente de l'avis de la CEDH et de sa propre décision à intervenir sur le pourvoi qui a donné lieu à la demande d'avis.

Pour comprendre les implications de ces décisions, il convient d'en rappeler brièvement le contexte, qui permettra d'éclairer les attentes de la Cour de cassation.

Le contexte

Dans sa demande d'avis consultatif, dont elle rappelle le contenu dans les arrêts du 20 mars 2019, la Cour de cassation a relevé 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 États signataires de la Convention ».

Il est vrai qu'en l'état du droit positif, la situation du parent d'intention qui est aussi le père biologique est traitée différemment de celle de la mère d'intention, qu'elle ait ou non fourni ses gamètes.

Le père biologique

À la suite des condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c. France* et n° 65192/11, *Mennesson c. France*, Dalloz actualité, 30 juin 2014, art. T. Coustet; AJDA 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen; D. 2014. 1797, et les obs., note F. Chénedé; *ibid*. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; *ibid*. 1806, note L. d'Avout; *ibid*. 2015. 702, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid*. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat; *ibid*. 1007, obs. REGINE; *ibid*. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke; AJ fam. 2014. 499; *ibid*. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse; Rev. crit. DIP 2015. 1, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon; RTD civ. 2014. 616, obs. J. Hauser; *ibid*. 835, obs. J.-P. Marguénaud; 21 juill. 2016, n^{os} 9063/14 et 10410/14, Foulon et Bouvet c. France, Dalloz actualité, 25 juill. 2016, art. T. Coustet; D. 2016. 2152, et les obs., note A.-B. Caire; *ibid*. 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid*. 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat; *ibid*. 935, obs. RÉGINE; *ibid*. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke; AJ fam. 2016. 407, obs. A. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2016. 819, obs. J. Hauser; 19 janv. 2017, n° 44024/13, *Laborie c. France*, D. 2017. 1229, note A.-B. Caire; *ibid*. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke; *ibid*. 2018. 641, obs. M. Douchy-Oudot; AJ fam. 2017. 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2017. 335, obs. J.-P. Marguénaud), la Cour de cassation a fixé sa position sur la question de l'établissement du lien de filiation du parent d'intention qui se trouve être le père biologique.

Elle affirme désormais de manière constante que l'acte de naissance établi à l'étranger peut être transcrit sur les registres de l'état civil français, en ce qu'il désigne le père biologique

comme père de l'enfant (Civ. 1re, 5 juill. 2017, nos 15-28.597 et 16-50.025, Dalloz actualité, 6 juill. 2017, art. T. Coustet; D. 2017. 1737, communiqué C. cass., note H. Fulchiron; *ibid*. 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; *ibid*. 2018. 528, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid*. 641, obs. M. Douchy-Oudot; *ibid*. 765, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat; *ibid*. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; AJ fam. 2017. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse; *ibid*. 375, point de vue F. Chénedé; *ibid*. 643, Pratique P. Salvage-Gerest; 29 nov. 2017, n° 16-50.061, Dalloz actualité, 6 déc. 2017, obs. P. Guiomard; D. 2017. 2477; *ibid*. 2018. 528, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid*. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; *ibid*. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; AJ fam. 2018. 122, obs. A. Dionisi-Peyrusse). Ce principe est réaffirmé dans l'un des deux arrêts du 20 mars dernier (pourvoi n° 18-50.006). Si, selon certains auteurs, cette transcription ne suffit pas à établir un lien de filiation incontestable, elle resterait un mode de preuve efficace de la filiation (en ce sens, v. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Reconnaissance ou reconstruction, Rev. cri. DIP 2015. 1). Quoi qu'il en soit, en pratique, la transcription de l'acte étranger sur les registres français équivaut à une reconnaissance de la filiation établie à l'étranger. Elle est donc tout aussi efficace qu'un mode d'établissement de la filiation de droit interne.

De fait, dans la grande majorité des litiges nés à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, les parents d'intention cherchaient à faire établir leur lien de filiation avec l'enfant par le biais d'une transcription des actes d'état civil établis à l'étranger. Il s'agissait donc de solliciter de la part de l'État français une « reconnaissance », au sens du droit international privé, de la situation légalement établie à l'étranger.

Est-ce à dire, pour autant, que la filiation du père biologique doive nécessairement passer par la technique de la transcription ? Ne peut-il pas recourir aux modes d'établissement de la filiation ouverts par le droit français interne, tels que la reconnaissance de paternité ou la déclaration judiciaire de paternité ? (La présomption de paternité n'est pas ici pertinente, à défaut de lien de filiation établi avec la mère ; v. Civ. 1re, 5 juill. 2017, nos 16-16.901 et 16-50.025, Dalloz actualité, 6 juill. 2017, art. T. Coustet, préc. ; D. 2017. 1737, note H. Fulchiron; *ibid*. 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; *ibid*. 2018. 528, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid*. 641, obs. M. Douchy-Oudot; *ibid*. 765, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat; *ibid*. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; JA 2017, n° 567, p. 13, obs. S. Damarey; *ibid*. 2018, n° 571, p. 31, étude S. Damarey; AJ fam. 2017. 482; *ibid*. 375, point de vue F. Chénedé; *ibid*. 431, point de vue P. Salvage-Gerest; Rev. crit. DIP 2018. 143, note S. Bollée, qui l'exclut explicitement.) *A priori*, on voit mal ce qui l'en empêcherait, dès lors qu'il s'agit pour le père de faire établir un lien de filiation qui correspond à la réalité biologique (sur la question de la « reconstruction » en droit national de liens de filiation entre l'enfant et le père biologique et les règles de droit international privé applicables à cette situation, v. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, art; préc., spéc. II, A, 1).

Il est vrai que la Cour de cassation s'y était opposée, en matière de reconnaissance (Civ. 1re, 13 sept. 2013, 2 arrêts, nos 12-30.138 et 12-18.315, Dalloz actualité, 17 sept. 2013, obs. I. Gallmeister; D. 2013. 2382, obs. I. Gallmeister; *ibid*. 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon; *ibid*. 2377, avis C. Petit; *ibid*. 2384, note M. Fabre-Magnan; *ibid*. 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot; *ibid*. 954, obs. REGINE; *ibid*. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke; *ibid*. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid*. 1516, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano; *ibid*. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; AJ fam. 2013. 579, obs. F. Chénedé; *ibid*. 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse; *ibid*. 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne; AJCT 2013. 517, obs. R. Mésa; Rev. crit. DIP 2013. 909, note P. Hammje; RTD civ. 2013. 816, obs. J. Hauser) et d'établissement par

possession d'état (Civ. 1re, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, Dalloz actualité, 14 avr. 20111, obs. C. Siffrein-Blanc ; D. 2011. 1522 , note D. Berthiau et L. Brunet ; *ibid*. 1001, édito. F. Rome ; *ibid*. 1064, entretien X. Labbée ; *ibid*. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid*. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid*. 2012. 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid*. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2011. 262, obs. F. Chénedé ; *ibid*. 265, obs. B. Haftel ; *ibid*. 266, interview M. Domingo ; AJCT 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; Rev. crit. DIP 2011. 722, note P. Hammje ; RTD civ. 2011. 340, obs. J. Hauser), motifs pris du caractère frauduleux de la situation créée par les parents d'intention. Toutefois, la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment à raison de l'arrêt rendu le 13 septembre 2013 (CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c. France*, préc.), a conduit la Cour de cassation à considérer, dans deux arrêts, que la conclusion d'une convention de « gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger […] ni à l'établissement de la filiation paternelle » (Civ. 1re, 5 juill. 2017, nos 16-16.901, 16-50.025, et 15-28.597, préc.). Par cette formule, elle semble considérer que la filiation d'un enfant issu d'une gestation pour autrui pourrait être établie à l'égard de son père biologique par les modes d'établissement prévus par le droit interne.

Dès lors, la formule retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté pourrait surprendre. En effet, dans la décision rendue en matière de gestation pour autrui (pourvoi n° 18-50.006), la Cour de cassation prend le soin de préciser que la cour d'appel était « saisie d'une action aux fins de transcription d'un acte de l'état civil étranger et non d'une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation », pour estimer qu'elle a jugé à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte étranger, dès lors qu'il n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, s'agissant de la désignation du père biologique. Cette précision est destinée à répondre au moyen du pourvoi tiré d'une violation des articles 16-7 et 16-9 du code civil, le ministère public, demandeur au pourvoi, soutenant que la cour d'appel aurait méconnu l'interdiction de la gestation pour autrui en « admettant de donner un effet juridique en France à une gestation pour autrui réalisée à l'étranger ».

Comment interpréter cette précision suivant laquelle la cour d'appel n'était pas saisie d'une « action en reconnaissance ou en établissement de la filiation » ? Faut-il y voir un *obiter dictum* suggérant une position défavorable de la Cour de cassation à l'endroit des modes d'établissement de la filiation de droit interne en présence d'une gestation pour autrui ? Il ne le semble pas. Une telle interprétation serait doublement incohérente : d'une part, au regard de la position retenue en 2017, suivant laquelle la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à l'établissement de la filiation paternelle ; d'autre part, au regard de la position désormais favorable à la reconnaissance, par le biais de la transcription, de la filiation établie à l'étranger à l'égard du père biologique. Il serait étonnant que le recours à une gestation pour autrui ne fasse pas obstacle à la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, mais qu'elle s'oppose à l'établissement en France de la même filiation, fondée sur la même vérité biologique.

La précision apportée par la Cour de cassation doit, semble-t-il, être interprétée comme une simple différence de critère. Saisie d'une action aux fins de transcription d'un acte de l'état civil étranger, la cour d'appel doit se contenter d'appliquer les critères de l'article 47 du code civil : l'acte d'état civil établi à l'étranger dans le respect de la loi étrangère doit être transcrit sur les registres d'état civil français, sauf preuve d'une irrégularité, d'une falsification ou d'un mensonge contenu de cet acte. Lorsque les actes réalisés à l'étranger sont réguliers en la forme et qu'aucun élément ne permet de douter de l'exactitude des mentions qui y sont

portées, les juges sont fondés à estimer que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité. C'est pourquoi, en l'espèce, la cour d'appel a été approuvée d'avoir jugé que la convention de gestation pour autrui ne faisait pas obstacle à la transcription, après avoir « constaté que les actes de naissance n'étaient ni irréguliers ni falsifiés et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité », s'agissant de la désignation du père biologique. Si, en revanche, la cour d'appel avait été saisie d'une action aux fins d'établissement de la filiation, elle aurait dû s'appuyer sur d'autres critères et rechercher la preuve de la réalité biologique de la paternité, si celle-ci avait été mise en doute.

En somme, c'est une position tout à fait classique qu'adopte la Cour de cassation en rejetant le pourvoi formé contre la décision ordonnant la transcription partielle des actes de naissance, avec la seule mention du père biologique. Sur la parenté d'intention, en revanche, la question est maintenue en suspens, dans l'attente de l'avis sollicité sur la situation de la mère d'intention.

La mère d'intention

Dans les arrêts commentés, la Cour de cassation rappelle que la question de la maternité d'intention n'est pas résolue. En l'état du droit positif, tel qu'il résulte des arrêts rendus le 5 juillet 2017 (Civ. 1re, 5 juill. 2017, 2 arrêts, nos 15-28.597 et 16-16.901, préc.) et réitérés par la suite (Civ. 1re, 29 nov. 2017, n° 16-50.061, préc.), la jurisprudence française refuse la transcription des actes de l'état civil établis à l'étranger, en ce qu'ils désignent comme mère de l'enfant une femme qui n'est pas celle qui a accouché. Pour compenser ce refus de transcription et ménager le droit au respect de la vie privée de l'enfant, la haute juridiction a néanmoins ouvert la voie de l'adoption pour l'établissement de la filiation de la mère d'intention à l'égard de l'enfant, ce qui implique néanmoins que celle-ci soit mariée avec le père juridique.

Ainsi, la mère d'intention et, plus généralement, le parent d'intention qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant peut désormais établir un lien de filiation avec l'enfant, sous réserve de la réunion des conditions posées en matière d'adoption. Sont notamment requis la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant (C. civ., art. 353), la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté (C. civ., art. 344) ou encore le consentement du ou des parents juridiques (C. civ., art. 347 et 348), à savoir l'époux, mais aussi en principe la mère porteuse si sa filiation est établie (pour une application, v. Civ. 1re, 5 juill. 2017, n° 16-16.455, Dalloz actualité, 6 juill. 2017, art. T. Coustet, préc. ; D. 2017. 1737, note H. Fulchiron ; *ibid*. 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid*. 2018. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid*. 641, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid*. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2017. 482 ; *ibid*. 375, point de vue F. Chénedé ; *ibid*. 643, Pratique P. Salvage-Gerest ; Rev. crit. DIP 2018. 143, note S. Bollée). L'adoption pourra alors être simple ou même plénière, si toutes les conditions sont remplies (si l'arrêt du 5 juillet 2017, n° 16-16.455, préc., visait un cas d'adoption simple, rien n'empêche en théorie le recours à une adoption plénière, ce que la Cour de cassation évoque d'ailleurs dans les motifs de sa demande d'avis du 5 oct. 2018).

Toutefois, la jurisprudence refuse l'adoption de l'enfant au sein d'un couple qui n'est pas marié. En effet, seule l'adoption de l'enfant du conjoint évite la suppression de la filiation par le sang dans l'adoption plénière (C. civ., art. 356) et la perte de l'autorité parentale dans l'adoption simple (C. civ., art. 365). En dehors du couple marié, les juges excluent donc l'adoption plénière de l'enfant du compagnon (v. Civ. 1re, 28 févr. 2018, n° 17-11.069, Dalloz actualité, 8 mars 2018, art. T. Coustet ; D. 2018. 509 ; *ibid*. 1083, point de vue H.

Fulchiron ; *ibid*. 2019. 505, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid*. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2018. 226, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2018. 373, obs. A.-M. Leroyer , pour un refus d'adoption plénière par la concubine de la mère, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant à voir ses liens maintenus avec son parent biologique), tout comme l'adoption simple (v. Civ. 1re, 20 févr. 2007, n° 04-15.676, D. 2007. 1047 , note D. Vigneau ; *ibid*. 721, obs. C. Delaporte-Carre ; *ibid*. 891, chron. P. Chauvin ; *ibid*. 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid*. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2007. 182, obs. F. Chénedé ; RTD civ. 2007. 325, obs. J. Hauser , pour un refus d'adoption simple par la partenaire de PACS de la mère, au motif que la mère perdrait son autorité parentale en cas d'adoption, ce qui n'était pas cohérent au regard du projet parental et de la communauté de vie des parents).

En conséquence, de deux choses, l'une : soit la filiation est établie à l'égard des deux parents d'intention par le biais d'une adoption conjointe ; soit elle est établie en deux temps, d'abord par la transcription des registres de l'état civil (ou par un mode d'établissement de droit interne), à l'égard du parent d'intention qui se trouve être le parent biologique, ensuite par l'adoption par le second parent d'intention. Cette dernière hypothèse, toutefois, n'est ouverte que si les parents d'intention sont unis par les liens du mariage.

La solution de l'adoption, ouverte au parent d'intention, présente donc des insuffisances inhérentes aux règles régissant l'adoption. Elle a notamment pour effet de retarder l'établissement du lien de filiation à l'égard du second parent d'intention, ce qui peut laisser place à une situation de flottement en cas d'empêchement ou de décès du seul parent reconnu par l'effet de la transcription. En outre, cette solution subordonne l'établissement du second lien de filiation à la bonne entente persistante des parents d'intention. En effet, un divorce ou un simple refus de consentir opposé par le parent qui a bénéficié de la transcription suffirait à faire échec à l'établissement du lien de filiation à l'égard du second parent d'intention. Sans compter que, si la filiation à l'égard de la mère porteuse a été établie, son consentement sera également nécessaire.

Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est prononcée explicitement que sur la nécessité pour l'enfant issu d'une gestation pour autrui de voir établi son lien de filiation à l'égard de son père biologique. Souhaitant dissiper les incertitudes qui subsistent au sujet de l'autre parent, la Cour de cassation a donc pris l'initiative de lui soumettre une demande d'avis consultatif concernant spécifiquement la situation de la mère d'intention. Ainsi, dans l'arrêt du 5 octobre 2018, la Cour de cassation a interrogé la Cour européenne en deux temps.

Elle a posé une première série de questions sur le point de savoir si le refus de transcription de l'acte établi à l'étranger, lorsqu'il désigne la mère d'intention comme mère légale de l'enfant, alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le père d'intention comme père biologique, excède la marge d'appréciation dont disposent les États au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a également soulevé la question de savoir s'il y avait lieu de distinguer selon que la mère d'intention a, ou non, fourni ses gamètes pour la conception de l'enfant.

Autrement dit, la Cour de cassation s'interroge sur la conventionnalité du traitement différencié réservé aux deux parents d'intention, tout en suggérant que la réalité biologique puisse nécessiter un traitement similaire. C'est alors la perception française de la réalité biologique de la maternité qui se trouve questionnée : faut-il encore considérer que la mère

biologique est la femme qui accouche lorsque l'enfant a été conçu avec les gamètes d'une autre femme ?

Ces premières questions pourraient, du reste, s'avérer inopérantes si la Cour européenne des droits de l'homme répondait positivement à la seconde question posée : celle de savoir si la possibilité offerte au parent d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint suffit à respecter les exigences de l'article 8 de la Convention européenne. Une réponse positive serait toutefois étonnante, puisqu'elle aboutirait à faire dépendre le droit de l'enfant au respect de sa vie privée de la nature de la relation unissant ses parents d'intention : selon que ses parents d'intention sont mariés ou non, il pourra ou non faire établir son lien de filiation à l'égard de sa mère d'intention… qui pourrait par ailleurs être sa mère biologique… si tant est que l'on s'accorde sur la définition de cette notion ! Mais l'on se retrouverait alors face à l'objection d'un détournement de l'institution même de l'adoption, qui n'a pas pour finalité de créer un lien de filiation avec son propre enfant biologique.

L'ensemble de ces interrogations, telles qu'elles ont été formulées par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 octobre 2018, ne portaient que sur la mère d'intention ayant eu recours à une gestation pour autrui. Or les arrêts du 20 mars 2019 soulèvent d'autres interrogations. Le sursis à statuer néanmoins prononcé par la Cour de cassation renseigne sur ses attentes à l'égard de la Cour européenne.

Les attentes

Parmi les deux arrêts commentés, l'un s'inscrit dans un contexte de gestation pour autrui réalisée à l'étranger par un couple d'hommes, tandis que le second intervient dans le contexte d'une procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger par un couple de femmes.

En matière de gestation pour autrui

Dans l'arrêt qui concerne la gestation pour autrui (Civ. 1re, 20 mars 2019, nos 18-11.815 et 18-50.006), un couple d'hommes avait eu recours à une mère porteuse en Californie. Celle-ci avait donné naissance à des jumelles dont l'acte de naissance américain désignait comme « père/parent » le père biologique, de nationalité française et comme « mère/parent » l'autre père d'intention, conjoint du père biologique, de nationalité belge. Le procureur de la République s'étant opposé à leur demande de transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil, les deux pères d'intention ont exercé une action en justice. La cour d'appel de Rennes a ordonné la transcription partielle des actes de naissance avec la seule mention du père biologique, mais refusé la transcription de la mention désignant comme second parent le conjoint du père biologique. C'est sur le pourvoi formé à l'encontre de ce refus de transcription que la Cour de cassation sursoit à statuer.

Elle souligne toutefois que la question posée par le pourvoi n'est pas identique à celle formulée dans la demande d'avis consultatif, « dès lors qu'est sollicitée la transcription, sur les registres de l'état civil, d'un acte de naissance qui désigne un homme comme "parent d'intention" ». Elle estime néanmoins que cette question « présente un lien suffisamment étroit avec la question de la "maternité d'intention" pour justifier qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'arrêt de l'assemblée plénière à intervenir sur le pourvoi n° 10-19.053 ».

L'on comprend que la Cour de cassation est ici dans l'expectative d'une position généralisée de la Cour européenne sur la parenté d'intention. Le débat sur la réalité biologique de la parenté (« faut-il distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention ? ») n'a aucun impact en l'espèce puisque, par hypothèse, seul l'un des deux pères peut être le père biologique. Et il s'agit ici du père à l'égard duquel la transcription a été ordonnée partiellement (v. *supra*). C'est donc essentiellement la réponse à la première partie de la première question qui est décisive pour le présent litige : il s'agit de déterminer si la transcription seulement partielle, autorisée pour l'un des parents d'intention mais non pour l'autre, excède la marge d'appréciation dont dispose l'État français au regard de l'article 8 de la Convention européenne. Le sursis à statuer semble indiquer l'intention de la Cour de cassation de transposer à la paternité d'intention l'avis que la Cour européenne formulera sur la maternité d'intention. Une telle transposition sera envisageable, du moins en ce qui concerne la mère d'intention qui n'a pas fourni ses gamètes et se trouve ainsi dans une situation similaire à celle du père d'intention qui n'est pas le père biologique.

Dans la mesure où les condamnations prononcées par la Cour européenne se sont jusqu'à présent expressément appuyées sur une logique de réalité biologique, on ne sera pas surpris si la position française n'est pas désavouée, en ce qui concerne le refus de transcription à l'égard du parent d'intention qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant. Pour autant, il n'est pas étonnant que, dans une logique d'élaboration collaborative de la jurisprudence (en ce sens, v. P. Deumier, H. Fulchiron, Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée » ?, D. 2019. 228), la Cour de cassation préfère attendre l'avis de la Cour européenne sur une question dont elle pourra élargir la réponse par analogie. D'autant qu'une réponse négative et hâtive de sa part conduirait à coup sûr les plaideurs devant la Cour de Strasbourg. Il en va de même pour la procréation médicalement assistée.

En matière de procréation médicalement assistée

Dans l'arrêt qui concerne la procréation médicalement assistée (Civ. 1re, 20 mars 2019, nos 18-14.751 et 18-50.007), un couple de femmes mariées a eu recours par deux fois à des techniques d'assistance médicale à la procréation au Royaume-Uni. Un premier enfant est né à Londres. Son acte de naissance, établi à l'étranger, désignait l'une des femmes comme mère et l'autre comme parent. Un second enfant est né quelques mois plus tard. Son acte de naissance désignait comme mère la femme qui était « parent » du premier enfant et comme parent la femme qui était désignée comme « mère » du premier enfant. Autrement dit, chacune des femmes était désignée comme mère ou comme parent de chacun des enfants.

Le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes s'est opposé à leur demande de transcription des actes de naissance au motif qu'ils n'étaient pas conformes à l'article 47 du code civil, en l'absence de certificat d'accouchement permettant d'identifier la mère. La cour d'appel de Rennes a néanmoins ordonné la transcription partielle des actes de naissance, en ce qu'ils désignent comme mère la femme qui a accouché. En revanche, elle a refusé la transcription en ce qui concerne la désignation de l'épouse de la mère comme second parent, motif pris, notamment, qu'un enfant ne peut avoir qu'une seule mère biologique. Deux pourvois ont été formés, l'un par le procureur de la République contre l'admission de la transcription partielle, l'autre par les mères d'intention contre le refus de transcription partielle.

Curieusement, la Cour de cassation procède ici à un sursis à statuer sur les deux pourvois, alors qu'en matière de gestation pour autrui, elle avait rejeté le pourvoi attaquant la décision

de transcription partielle concernant le père biologique. C'est donc, semble-t-il, l'intégralité de la situation qui pourrait être influencée par la position de la Cour européenne. La haute juridiction ne manque toutefois pas de relever que la question posée par les pourvois n'est pas identique à celle formulée dans la demande d'avis consultatif, « dès lors qu'est sollicitée la transcription […] des actes de naissance étrangers d'enfants conçus par assistance médicale à la procréation et non à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ». Pour autant, elle considère, là encore, que la situation « présente un lien suffisamment étroit avec la question de la "maternité d'intention" soumise à la Cour européenne des droits de l'homme pour justifier qu'il soit sursis à statuer ».

De fait, c'est ici la position de la Cour européenne sur la définition de la réalité biologique de la maternité qui semble attendue. Le rapprochement opéré par la Cour de cassation entre procréation médicalement assistée et gestation pour autrui, en ce qui concerne l'établissement du lien de filiation des parents d'intention, n'est pas surprenant. Jusqu'à présent, en matière de procréation médicalement assistée, la haute juridiction n'avait eu l'occasion de se prononcer que sur l'adoption par l'épouse de la mère, dans une hypothèse où la filiation maternelle avait déjà été établie (C. cass., 22 sept. 2014, avis n° 15011, Dalloz actualité, 24 sept. 2014, art. T. Coustet ; D. 2014. 2031, obs. A. Dionisi-Peyrusse , note A.-M. Leroyer ; *ibid*. 2015. 21, point de vue H. Fulchiron ; *ibid*. 649, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid*. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid*. 1007, obs. REGINE ; *ibid*. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid*. 1777, chron. I. Gallmeister ; *ibid*. 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; AJ fam. 2014. 555 ; *ibid*. 523, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2014. 872, obs. J. Hauser). Pour autant, l'établissement de la filiation d'un enfant né à l'étranger d'une procréation médicalement assistée interdite en France suscite *a priori* les mêmes difficultés qu'en matière de gestation pour autrui : l'établissement des liens de filiation doit passer, pour chaque parent, soit par une « reconnaissance » de la filiation créée à l'étranger, *via* une transcription, soit par la constitution d'un nouveau lien de filiation suivant les modes d'établissement du droit français. Il était donc prévisible que la Cour de cassation ait à se prononcer, tôt ou tard, sur la demande de transcription d'un acte établi à l'étranger à l'issue d'une procréation médicalement assistée.

D'emblée, on serait tenté de considérer qu'en l'état du droit positif, la transcription de l'acte de naissance devrait être autorisée en ce qu'il désigne comme mère la femme qui a accouché et refusé en ce qu'il désigne une autre femme en tant que parent. Pourtant, la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer. C'est donc que la transcription de la filiation maternelle n'appelle pas nécessairement les mêmes réponses que celle de la filiation paternelle. La Cour de cassation s'attend-elle à ce que l'avis de la Cour européenne bouleverse la conception française de la réalité biologique, par exemple en considérant que la femme qui a fourni ses gamètes doit être considérée comme la mère biologique ? La procréation médicalement assistée réalisée par deux femmes pourrait-elle alors donner lieu à une situation que le droit refusait jusqu'à présent d'admettre : celle d'une double maternité biologique (dans l'hypothèse où la femme qui a accouché porterait un enfant conçu avec les gamètes de son épouse) ? L'acte d'état civil établi à l'étranger, et désignant les deux femmes comme parents, devrait-il être considéré comme relatant des faits qui correspondent à la réalité ? Devrait-il, dans un tel scénario, être transcrit dans son intégralité sur les registres de l'état civil français ? Toutes ces questions ne sont pas ouvertement posées par la Cour de cassation ; elles nous semblent expliquer cependant son attitude prudente.

Par ailleurs, au-delà du rapprochement entre gestation pour autrui et procréation médicalement assistée, il faut relever que la seconde soulève une difficulté particulière que

l’on ne retrouve pas dans la première : celle d’un droit français interne qui admet déjà, en présence de procréations médicalement assistées autorisées, une entorse à la réalité. En interdisant tout établissement d’un lien de filiation avec le tiers donneur sollicité dans le cadre d’une procréation médicalement assistée, l’article 311-19 du code civil consacre l’inscription d’un « mensonge biologique » sur l’acte de naissance de l’enfant issu d’une telle technique. Il paraît donc délicat de refuser la transcription d’un acte étranger au motif qu’il comporte une contre-vérité, quand le droit interne consacre, au sujet de la même technique de procréation, une contre-vérité parfois encore plus éloignée de la réalité biologique. Où l’on voit que, si les sujets sont proches, les problématiques ne sont pas en tous points semblables, si l’on raisonne en termes de « réalité ».

En tout état de cause, la Cour de cassation a estimé qu’il était urgent d’attendre l’avis consultatif de la Cour européenne des droits de l’homme sur ces questions. Espérons qu’elle ne soit pas déçue.