






L'adoption par la « mère d'intention » en cas de GPA : qu'en penser ?  (1)

Pascale Salvage-Gerest, Professeur honoraire de l'université Grenoble-Alpes

L'essentiel

Va-t-on vers une adoption à deux vitesses : celle des enfants sans famille, que la France, avec la communauté internationale, s'efforce depuis des années de « moraliser » et celle des enfants conçus pour satisfaire le désir de fonder une famille, hors de tout contrôle ? C'est le risque auquel exposent les arrêts du 5 juill. 2017. En effet, si l'intérêt de l'enfant veut que sa filiation paternelle soit établie malgré la contrariété de principe de la GPA à l'ordre public et sans qu'on se préoccupe des conditions dans lesquelles la mère de substitution y a consenti, il fait peu de doute que ce même intérêt conduira une partie des juges au moins à autoriser le rattachement de l'enfant au couple de son père sans s'arrêter aux règles d'ordre public qui, dans l'adoption, entourent le consentement des parents biologiques.

L'épouse du père ne peut légalement être la mère de l'enfant sans l'adopter -

Dans un arrêt du 5 juill. 2017, la première Chambre civile de la Cour de cassation refusait que l'épouse du père d'un enfant né d'une GPA, dite « mère d'intention », apparaisse directement, sur les registres de l'état civil français, comme la mère de l'enfant, bien qu'elle apparaisse comme telle sur l'acte de naissance établi dans l'État dans lequel la GPA a été pratiquée (Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597, AJ fam. 2017. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse  ; *ibid.* 375, point de vue F. Chénédedé  ; D. 2017. 1737 , note H. Fulchiron  ; *ibid.* 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ). Elle se fondait sur le fait que les actes de l'état civil étrangers ne sont susceptibles d'être transcrits en France que s'ils correspondent à la réalité (C. civ., art. 47) et que, s'agissant de la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité est celle de l'accouchement. Elle ajoutait que son refus résultait de la loi et poursuivait un but légitime en ce qu'il tendait « à la protection de l'enfant et de la mère porteuse » et visait « à décourager la pratique de la GPA prohibée par les art. 16-7 et 16-9 c. civ. ». Toutefois, afin de ne pas encourir le reproche de violation de l'art. 8 de la Conv. EDH, elle réservait la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint pourvu que les conditions en soient réunies et qu'elle soit conforme à l'intérêt de l'enfant. Il est douteux que ce « montage » permette d'atteindre les objectifs poursuivis.

Premier but : tendre à la protection de la mère de substitution et de l'enfant -

Protéger la mère de substitution (la mère), c'est faire en sorte que non seulement la GPA mais aussi l'établissement d'une maternité autre que la sienne n'aient pas lieu contre son gré, car « donner » un enfant à un homme ne signifie pas forcément renoncer du même coup à ses droits de mère au profit d'une autre femme ; et protéger l'enfant, c'est s'assurer qu'il pourra, un jour, avoir accès à ses origines, voire maintenir un lien avec son passé grâce à l'adoption simple. La seule façon de garantir cette double protection est d'associer la mère au processus adoptif. En ce cas, l'adoption est certes internationale en raison de l'élément d'extranéité que constitue la nationalité de celle-ci, mais comme c'est l'établissement de la filiation à l'égard du père, et non l'adoption, qui est l'occasion du déplacement de l'enfant de son État de résidence à la France, elle doit être jugée par le TGI du lieu où demeure l'adoptante, qui doit appliquer sur le fond la loi française en tant que loi personnelle de celle-ci.

L'art. 370-3 c. civ., sous le titre « Du conflit des lois relatives à la filiation adoptive [...] », dispose (al. 3) que, « quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le

consentement du représentant légal de l'enfant » et que ce consentement doit être libre, éclairé, « obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant ». Toutes ces exigences se trouvant déjà ici ou là dans le code civil français, la première question à se poser est celle de savoir si la mère a, ou a encore, au moment où l'adoption est requise, la qualité de représentante légale de l'enfant selon la loi étrangère, ou s'il suffit du consentement du père qui, lui, a sans conteste cette qualité.

On peut considérer que, en n'établissant pas la filiation à son égard, la mère ne devient pas la représentante légale de l'enfant, donc n'a pas à consentir à son adoption, comme en cas d'accouchement « sous X » en France, et qu'il en va de même lorsque, après l'établissement de la filiation, elle renonce à ses prérogatives parentales au profit du père dans les conditions dans lesquelles sa loi personnelle le lui permet. Cette option, qui revient à l'exclure par principe du processus adoptif, et qui ainsi est tout sauf protectrice, n'est apparemment pas celle choisie par la première Chambre civile, encore que sa position ne soit pas claire. Dans une affaire dans laquelle c'était le mari du père qui prétendait adopter l'enfant, elle décidait que, « lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption » (Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-16.455, AJ fam. 2017. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* 375, point de vue F. Chénédié ; D. 2017. 1737, note H. Fulchiron ; *ibid.* 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire). Ce raccourci entre « filiation établie » et « représentation légale » est d'autant plus regrettable qu'il paraît signifier que, dans tous les cas où la filiation maternelle est établie, le consentement de la mère est requis, même si elle a valablement renoncé à ses prérogatives parentales, alors que, dans tous ceux où elle ne l'est pas, elle n'a pas à le donner ; ce qui serait, si cette position était avérée, une vue plutôt simpliste des choses.

Comme l'exprimait déjà l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1991, l'adoption n'est que l'ultime phase du processus de GPA. Or, la mère doit d'abord passer le contrat de GPA, puis entamer la gestation et enfin consentir au « don » de l'enfant au père au moment de la naissance, sans qu'on se préoccupe de savoir si elle passe toutes ces étapes en une qualité autre que celle de mère biologique. Son éventuelle représentation « de fait » devrait donc être prise en compte aussi bien pour le « don » au père que pour le « don » à l'épouse de celui-ci.

Second but : viser à décourager la pratique de la GPA - Il ne peut s'agir là que d'un vœu pieux. Il serait en effet naïf de croire qu'un couple renoncera à son projet pour la seule raison que l'épouse devra passer par l'adoption pour avoir le statut de mère en France. Lorsqu'elle est déjà mère « légale » à l'étranger, lui imposer de passer par l'adoption est inutile ; lorsqu'elle ne l'est pas, le lui imposer n'empêchera pas la fraude de prospérer.

Dans les États qui reconnaissent directement la mère d'intention comme mère « légale », l'acte qui la reconnaît telle est établi au vu du contrat de GPA, implique le consentement de la mère, le tout étant éventuellement, comme dans l'arrêt de référence, soumis au contrôle du juge étranger, donc pouvant *a priori* respecter une éthique suffisante pour que la France puisse lui reconnaître une certaine valeur. Un contrôle rigoureux par le parquet de Nantes, de même nature que celui qu'il effectue avant toute transcription d'acte de l'état civil étranger, susceptible de recours en cas de refus de sa part, serait suffisant dès lors que l'acte étranger fait la preuve à la fois de l'intention des époux de rattacher l'enfant à leur couple et de celle de la mère de l'accepter.

On ne trouve en revanche aucune garantie d'éthique lorsqu'un homme présente au procureur de la République de Nantes une reconnaissance que celui-ci ne peut plus rejeter en raison d'un soupçon de GPA (Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et 15-50.002, AJ fam. 2015. 496, obs. F. Chénédeé ; *ibid.* 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; D. 2015. 1819, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1481, édito. S. Bollée ; *ibid.* 1773, point de vue D. Sindres ; *ibid.* 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 2016. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 857, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 915, obs. REGINE ; *ibid.* 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2015. 885, et la note ; RTD civ. 2015. 581, obs. J. Hauser), et dont il ne peut contester la véracité si la paternité n'est pas invraisemblable au vu de l'acte (C. civ., art. 336). Il n'est alors pas exclu qu'un couple prétende avoir eu recours à une GPA alors que, en fait, ni le mari ni l'épouse ne sont les parents « réels » de l'enfant, donc qu'on soit en présence d'une adoption déguisée, pas forcément plus chère et certainement moins compliquée qu'une adoption internationale ordinaire pour peu que la mère puisse passer pour « inconnue ». Permettre à l'épouse d'adopter l'enfant, dans ce cas, sera participer à la fraude. Sans aller aussi loin, le fait de n'avoir aucun renseignement sur la mère n'est pas bon signe.

L'indispensable reconnaissance du caractère *sui generis* de la GPA - L'adoption de mineurs, institution presque centenaire, a été conçue et réglementée pour donner une famille à un *enfant existant* qui n'en a pas. En faire l'aboutissement d'un *processus artificiel de procréation* en est, qu'on le veuille ou non, un détournement. Il serait grand temps que l'on s'inquiète de chercher des solutions originales pour encadrer ce fait de société pour lequel il serait difficile de revenir en arrière même s'il est « politiquement correct » d'affirmer qu'on y est opposé, plutôt que de tenter de le faire entrer coûte que coûte dans des cadres dans lesquels il n'a pas sa place : il est en effet au moins une des conditions de l'adoption qui n'est pratiquement jamais remplie dans le cadre de la GPA, c'est l'absence de contrepartie offerte à la mère. À partir du moment où la Cour de cassation, certes poussée par la Cour européenne des droits de l'homme, ne s'embarrasse pas des art. 16-7 et 16-9 c. civ., parfaitement clairs, pour tolérer la GPA pratiquée à l'étranger, peut-elle encore, par exemple, s'arc-bouter sur ce qui n'est qu'une interprétation de l'art. 47 que quelques juges du fond avaient, pour leur part, souhaité revoir (Rennes, 12 déc. 2016, n° 15/08549, AJ fam. 2017. 68, obs. E. Viganotti ; *ibid.* 11, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; D. 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; Dr. fam. 2017, étude 3, L. Brunet, cassé sur ce point par Civ. 1^{re}, 29 nov. 2017, n° 16-50.061) avant de s'incliner (Rennes, 11 sept. 2017, n° 16/06891, AJ fam. 2017. 547, obs. E. Viganotti). Ce qui est sûr en tout cas, c'est que la voie dans laquelle s'est engagée la première Chambre civile promet une de ces cacophonies judiciaires auxquelles le droit de l'adoption donne trop souvent lieu : c'est d'ailleurs déjà commencé à propos de l'adoption par le mari du père, au vu de deux affaires jugées après les arrêts du 5 juillet (TGI Évry, 4 sept. 2017, n° 16/06684 et TGI Créteil, 14 sept. 2017, n° 16/08343, AJ fam. 2017. 588, obs. F. Berdeaux).

À défaut, une cacophonie judiciaire déjà en germe - Dans la première affaire, alors que l'acte de naissance n'indiquait pas le nom de la mère, c'est une adoption plénière qui était requise. Le tribunal a refusé de la prononcer, arguant - bizarrement - que la Cour de cassation, dans son arrêt n° 16-16.455, n'avait envisagé que l'adoption simple. Il n'a pas usé de la faculté que lui donnait l'art. 1173 c. pr. civ. de proposer cette alternative au requérant, jugeant que son refus de principe, fondé sur la

contrariété de la GPA à l'ordre public, ne portait pas « une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant ».

Dans la seconde, c'est une adoption simple qui était requise alors que la filiation maternelle était établie. Le tribunal a pris la peine de préciser que l'adoption plénière (non demandée) n'était pas possible parce qu'interdite par l'art. 345-1 c. civ. Il a prononcé l'adoption simple sans qu'on puisse savoir si la mère y avait consenti comme la première Chambre civile paraît l'exiger (arrêt n° 16-16.455, préc.), le jugement, conformément à la loi, n'étant pas motivé (C. civ., art. 353, dernier al.).

À la disparité des décisions pourra ainsi s'ajouter, dans certains cas, leur opacité.

Mots clés :

FILIATION * Maternité de substitution * Gestation pour autrui * Adoption * Mère d'intention

(1) Pour la clarté du propos, n'est envisagée ici, à titre principal, que l'adoption par l'épouse du père, et est sous-entendu que le père, son épouse et l'enfant sont tous français et résidant en France.