

La filiation à l'égard de la mère d'intention après GPA passe-t-elle exclusivement par l'adoption ?

CIVIL

Par [Laurence Brunet et Laurence Roques](#) le 07 Mai 2019



Une fois de plus fidèles, bien malgré eux, à leur tradition de pionniers, les époux *Menesson* ont inauguré la nouvelle procédure de demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), après avoir ouvert la procédure de révision d'une décision de justice, à la suite de la condamnation de la France par la CEDH pour violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales (COJ, nouv. art. L. 452-1). Contrairement à ce que la Cour de cassation prétendait depuis le 5 juillet 2017 (Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n^{os} 15-28.597, 16-16.901, n^o 16-16.455, Dalloz actualité, 6 oct. 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. Chénéde [📄](#); *ibid.* 643, pratique P. Salvage-Gerest [📄](#)), après avoir ouvert au parent d'intention la possibilité d'adopter son enfant né par GPA, faute de lui accorder la transcription de son nom sur les registres de l'état civil français, elle a finalement considéré que la question de la maternité d'intention n'était pas résolue. Aussi a-t-elle choisi, à l'occasion du réexamen de l'affaire *Menesson* (Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n^o 10-19.053, Dalloz actualité, 10 oct. 2018, art. T. Coustet [📄](#); D. 2019. 663, obs. F. Granet-Lambrechts [📄](#); AJ fam. 2018. 613 [📄](#); *ibid.* 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse [📄](#); *ibid.* 640 et les obs. [📄](#); RTD civ. 2018. 847, obs. J.-P. Marguénaud [📄](#); *ibid.* 2019. 90, obs. A.-M. Leroyer [📄](#)), d'interroger la CEDH sur la compatibilité de sa jurisprudence avec les exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui protège le droit à la vie privée et familiale.

La CEDH a rendu, le 10 avril 2019, [un avis très développé](#) dont le contenu ne peut se réduire au titre du communiqué de presse qui a été diffusé par le greffier de la CEDH : « les États n'ont pas l'obligation de procéder à la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger pour établir son lien de filiation avec la mère d'intention, l'adoption pouvant être une modalité de reconnaissance de ce lien ». S'en tenir à cette seule lecture de l'avis consultatif rendu serait, nous semble-t-il, en restreindre abusivement, voire faussement, sa portée.

Certes, si la Cour reconnaît que « le droit au respect de la vie privée d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention » (§ 46), elle n'impose pas que ce soit par la voie de « la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale » (§ 53). Certes, elle laisse aux États le choix des modalités permettant la reconnaissance du lien avec la mère d'intention ; certes, elle mentionne expressément l'adoption qui, « s'agissant de la reconnaissance du lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance » (§ 53).

Cependant, non seulement elle met en garde contre les insuffisances de l'adoption mais elle laisse également ouverts d'autres mécanismes possibles.

Tout d'abord, elle répond clairement aux atermoiements, voire contradictions, de la Cour de cassation en exigeant que la mère d'intention soit enfin reconnue comme la mère légale et que son lien de filiation ne soit plus nié par les États.

De plus, elle exige que « les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt de l'enfant ». Il faut, insiste-t-elle, éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à sa filiation à l'égard de sa mère d'intention. Or la Cour ne manque pas de relever que la procédure d'adoption n'est ouverte qu'aux parents d'intention mariés. Elle pointe aussi, en se référant aux observations en intervention du Défenseur des droits, que les incertitudes qui « persistent quant aux modalités de l'adoption de l'enfant du conjoint dans ce contexte, s'agissant par exemple de la nécessité d'obtenir le consentement préalable de la mère porteuse » (§ 57).


On sait que la procédure de l'adoption intrafamiliale de l'enfant par le conjoint de son parent peut être longue et entraîner des frais ; on sait aussi que la demande d'adoption reste soumise à l'accord du parent légal qui peut toujours se raviser en cas de conflit dans le couple. Si d'aventure le couple divorce avant l'introduction de la requête, toute adoption par l'ex-conjoint devient alors impossible, il en sera de même si le conjoint vient à décéder (v. L. Brunet, *Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop...ou pas assez ?*, [AJ fam. 2018. 572](#)).

On sait par ailleurs que certains juges du fond ont trouvé des prétextes pour refuser de prononcer l'adoption plénière de l'enfant par le conjoint de son parent légal, en exigeant, par exemple, une renonciation expresse de la femme porteuse à sa filiation, alors même que celle-ci n'a aucun lien légal avec l'enfant au regard du droit étranger (Paris, pôle 1, ch. 1, 30 janv. 2018, [AJ fam. 2018. 139](#), obs. A. Dionisi-Peyrusse [📖](#)). Ces obstacles ont paru être levés (Paris, pôle 1, ch. 1, 18 sept. 2018, nos 16/23402 et 16/23399, [D. 2019. 663](#), obs. F. Granet-Lambrechts [📖](#); [AJ fam. 2018. 616](#) [📖](#); [ibid. 497](#), obs. A. Dionisi-Peyrusse [📖](#)) mais l'aléa demeure : les juges de la cour d'appel de Paris ne viennent-ils pas de refuser l'adoption

plénière par le conjoint du père d'un enfant né par GPA au Mexique (Paris, pôle 1, ch. 1, 26 févr. 2019, n° 17/17619) ? Dès lors, les conditions actuelles du prononcé de l'adoption intrafamiliale sont-elles véritablement adaptées pour permettre une « décision rapide » et « éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude quant à ce lien », comme la CEDH le requiert (§ 54) ? On peut en douter d'autant qu'il faut aujourd'hui passer au préalable par la transcription partielle de la seule mention du père, sans mention de la mère légale sur l'acte de naissance, avant de saisir le juge de l'adoption, faute de quoi celui-ci refusera l'adoption de l'enfant par la mère d'intention déjà mentionnée comme telle sur son acte de naissance. La CEDH elle-même n'exprime-t-elle pas ses inquiétudes à cet égard, en intimant au juge interne de « tenir compte de la situation fragilisée dans laquelle se trouvent les enfants tant que la procédure d'adoption est pendante » (§ 58) ?

Ensuite, la CEDH paraît bien ouvrir à d'autres modalités que l'adoption la reconnaissance du lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant en droit français.

En premier lieu, elle prend soin, dans ses considérations liminaires, de circonscrire les limites qu'elle entend donner à son avis. Le litige interne ne concernant pas le cas où l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger serait issu des gamètes de la mère d'intention, la CEDH se réserve la possibilité d'une autre solution au cas où l'enfant serait génétiquement celui de la mère d'intention (§ 28). Elle précise également que l'avis ne concernera pas le cas où il y a eu procréation pour autrui, c'est-à-dire où l'enfant est issu des gamètes de la mère porteuse (§ 29). Les questions de la Cour de cassation ne visaient du reste pas cette situation.

En second lieu, il faut remarquer que la CEDH reformule les questions qui lui étaient posées par la Cour de cassation : là, notamment, où cette dernière demandait si l'adoption par la mère d'intention suffisait à respecter le droit au respect de la vie privée de l'enfant, la Cour européenne étend d'emblée le périmètre de son appréciation à « d'autres moyens » (§ 33, § 48). Tout au long de son avis, la CEDH ne mentionne l'adoption que comme l'une des « modalités qui peuvent servir convenablement l'intérêt supérieur de l'enfant » (§ 53). De plus, il n'échappera pas que la Cour se dégage du seul contexte français : non seulement se retrouve dans cet avis le mode de raisonnement comparatiste habituellement adoptée par la Cour européenne dans ses arrêts, au soutien de la lecture évolutive et dynamique qu'elle entend donner des articles de la Convention européenne des droits de l'homme, mais l'avis s'adresse, tout au long de son argumentaire à l'ensemble des États membres de la Convention. Quelles qu'aient pu être les interrogations à cet égard (v. RTD civ. 2018. 850, obs. J.-M. Marguénaud ) , il semble bien que la CEDH entende que l'avis délivré à la France ait des conséquences sur ces autres pays. On pourrait donc en déduire qu'en se référant « aux autres moyens » pour établir la filiation entre l'enfant et la mère d'intention, la CEDH entend inclure ceux qui sont prévus dans les autres pays, conformément à la large portée dont elle veut investir son avis. Pour la France, cette voie serait celle de l'adoption intrafamiliale, qui y est déjà autorisée. Y serait-elle exclusive ?


On peut fortement en douter. Il semble bien que la recherche d'autres options, en dehors de l'adoption, s'adresse d'abord et au premier chef à la France. D'une part, la CEDH n'avait pas la compétence pour se montrer plus directive dans la désignation des modalités acceptables pour reconnaître le lien entre la mère d'intention et son enfant. Comme elle le rappelle dans ses considérations préliminaires, en application du Protocole n° 16, son rôle est de « fournir à la juridiction qui a procédé à la demande une orientation lui permettant de garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance » (§ 34). D'autant que la

CEDH constate qu'il n'y a pas de consensus européen sur cette question, qui donc « tombe dans la marge d'appréciation laissée aux États » (§ 51).

D'autre part, comme on l'a rappelé, la CEDH ne manque pas d'émettre des réserves sur la conformité de la procédure française de l'adoption entre conjoints aux conditions de célérité et d'effectivité que la procédure de reconnaissance du lien entre la mère d'intention et l'enfant doit, à ses yeux, nécessairement remplir (§ 57). Comment pourrait-elle alors dispenser le droit français d'accepter d'autres modalités de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et sa mère d'intention ? Si la CEDH fait explicitement référence à l'adoption, en réponse à la deuxième question formulée par la Cour de cassation dans sa saisine, cette voie ne saurait à l'évidence épuiser en droit français l'éventail des modalités possibles d'établissement de la parenté de la mère d'intention.

Quels autres moyens que l'adoption intrafamiliale seraient envisageables ?

Il semble qu'une voie soit plus particulièrement suggérée par la CEDH. En effet, ce qui importe à ses yeux c'est que « le lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé » (§ 54). Même si elle indique laisser aux autorités nationales le soin « d'évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, si et quand ce lien s'est concrétisé » (§ 52), il n'en demeure pas moins qu'en visant « au plus tard », elle émet une limite temporelle à la reconnaissance du lien qui s'accommode peu avec l'adoption, dès lors que, s'agissant d'enfants nés de GPA, le lien entre la mère d'intention et l'enfant se concrétise au plus tard au moment de sa naissance, voire dès sa conception.

Cette référence à la réalité du lien vécu, à l'épaisseur des relations affectives une fois l'enfant naît n'est-elle pas une façon de viser la possession d'état ? Même si la Cour ne cite pas expressément ce mode d'établissement de la filiation dans cet avis, elle a déjà eu l'occasion d'en connaître dans le cadre de son arrêt *Labassée c. France* du 26 juin 2014. Aucun obstacle ne semble s'opposer en droit français à ce que ce mode d'établissement de la filiation soit utilisé pour consacrer le lien entre l'enfant et la mère d'intention qui ne lui a pas donné naissance mais qui en prend soin et l'élève depuis sa naissance. En effet, la possession d'état ne reflète pas la réalité biologique ou génétique de la filiation, elle témoigne du comportement parental d'une personne à l'égard d'un enfant et de sa réciproque, la reconnaissance par l'enfant de cette personne comme étant son parent. Par ailleurs, la barrière de l'article 6-1 du code civil ne se rencontre pas dès lors qu'il s'agit de reconnaître la filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention, dans le cadre d'un couple hétérosexuel, en revanche, comme l'a rappelé la Cour de cassation (Cass., avis, 7 mars 2018, n° 15003, RTD civ. 2018. 375, obs. A.-M. Leroyer ) , cet article s'opposerait à l'établissement un lien de filiation, par la possession d'état, à l'égard d'un époux ou d'un concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie.

Objectera-t-on que l'existence d'une possession d'état ne peut s'établir que sur une durée suffisante et qu'elle ne permettra donc pas de rattacher de manière rapide l'enfant à sa mère d'intention, comme le requiert la CEDH dans cet avis ? Il faut toutefois rappeler qu'il est possible de prendre en considération des éléments antérieurs à la naissance, ce qui est confirmé implicitement par l'article 317, alinéa 3, du code civil qui prévoit qu'un acte notoriété constatant la possession d'état peut être délivré même lorsque le parent prétendu est décédé avant la déclaration de naissance. Une possession d'état fort brève pourrait donc suffire. Dans les cas de GPA réalisés à l'étranger, l'enfant est remis à la mère d'intention dès la naissance, la possession d'état peut donc se créer dès le début de la vie, sans que quoi que

ce soit puisse la rendre équivoque, aucun lien avec la femme porteuse n'étant établi au regard du droit étranger. Il ne semble pas que la circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (JUS C0620513-C), qui qualifiait d'équivoque la possession d'état sollicitée pour contourner l'interdiction de la gestation pour autrui (§ 2.3.2), puisse encore être utilement opposée : à l'heure où la CEDH enjoint aux États membres de reconnaître la double filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents d'intention, en leur laissant le choix des moyens, peut-on encore admettre que la GPA puisse vicier la possession d'état ? Rappelons que l'article 311-15 du code civil dispose que, « si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère ». Ne faut-il pas comprendre que c'est la réalité de la possession d'état, telle qu'elle s'est constituée en France, qui compte, et non pas son origine ou le mode de conception de l'enfant ?

Une dernière option existe encore pour faire reconnaître la filiation du parent d'intention, mais seulement si l'acte de naissance étranger est adossé à une décision de justice constatant la double filiation de l'enfant né par GPA à l'égard de ses deux parents d'intention. Il peut tout aussi bien s'agir d'un jugement étranger décrétant que l'enfant mis au monde par la femme porteuse aura pour parents légaux les deux parents d'intention (comme dans l'affaire *Mennesson*) ou d'un jugement équivalent à une adoption de l'enfant par le/la partenaire du père légal (et biologique). En principe, les jugements relatifs à l'état des personnes produisent de plein droit leurs effets en France, mais pas tous (notamment pas l'obtention de la nationalité qui relève de la loi française, v. P. Salvage-Gerest, *Entrée dans l'ordre juridique français des adoptions prononcées à l'étranger : quand cessera-t-on de marcher sur la tête ?*, Dr. fam. 2013. Étude 11). Aussi, pour favoriser rapidement l'intégration de l'enfant dans la famille et la société française, les parents peuvent-ils choisir d'introduire directement une « action en *exequatur* à la seule fin de faire déclarer le jugement étranger régulier », encore appelée « *exequatur* à toutes fins utiles » (M. Farge, *Quid de l'exequatur de la filiation établie à l'étranger des enfants issus de GPA ?*, AJ fam. 2018. 582 [📄](#)). Le contrôle exercé par le juge est restreint, limité aux trois conditions dégagées par l'arrêt *Cornelissen* (Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007 n° 05-14.082, D. 2007. 1115, obs. I. Gallmeister [📄](#), note L. d'Avout et S. Bollée [📄](#); *ibid.* 891, chron. P. Chauvin [📄](#); *ibid.* 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke [📄](#); AJ fam. 2007. 324 [📄](#); Rev. crit. DIP 2007. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt [📄](#)) : le rattachement du litige au juge étranger saisi, la conformité à l'ordre public et l'absence de fraude à la loi (v. circ. 28 oct. 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, § 391 et 399).

Rien ne s'oppose donc à ce que cette procédure soit empruntée pour faire reconnaître pleinement en France les effets du jugement « en parenté » rendu à l'étranger, et partant la filiation du parent d'intention à l'égard de l'enfant. Souvenons-nous que la Cour de cassation, elle-même, avait pris soin de rappeler dès 2011, s'agissant de l'annulation de la transcription des actes de naissance des jumelles des époux *Mennesson*, « qu'une telle annulation [...] ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît » (Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, Dalloz actualité, Dalloz actualité, 14 avr. 2011, obs. C. Siffrein-Blanc [📄](#); D. 2011. 1522 [📄](#), note D. Berthiau et L. Brunet [📄](#); *ibid.* 1001, édito. F. Rome [📄](#); *ibid.* 1064, entretien X. Labbé [📄](#); *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. Chénéde [📄](#); *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 [📄](#)). C'était d'ailleurs déjà l'avis exprimé par l'avocat général, M. Domingo, lors de l'audience qui a eu lieu le 8 mars 2011 devant la Cour de cassation : selon lui, « l'ordre public ne pouvait être opposé à un droit régulièrement acquis à l'étranger ou d'une décision étrangère régulièrement prononcée par une juridiction ». Il avait raison trop tôt. On sait que la voie de l'*exequatur* a déjà pu prospérer (v. par ex. TGI Paris, 21 déc. 2017, n° 17/03897 ; 17 avr. 2019, n° 18/12000 pour des décisions rendues en Amérique du Nord au profit de couples de même sexe) et il semble bien qu'elle soit désormais complètement dégagée.