



**AVIS DE Mme CARON-DEGLISE ,
AVOCATE GÉNÉRALE
assistée du SDER**

Arrêt n° 508 du 2 octobre 2024 (B+R) – Première chambre civile

Pourvoi n° 23-50.002

**Décision attaquée : Décision du 17 janvier 2023 de la cour d'appel
de Paris**

Procureur général de la cour d'appel de Paris

C/

M. [S] [N], M. [C] [P]

PLAN

I - Faits et procédure

II - Moyens des pourvois et questions de droit

III - Gestation pour autrui et liens de filiation

3.1. Un mode de procréation interdit en France mais toléré ou reconnu ailleurs.

3.1.1. Panorama de droit comparé.

3.1.2. Situation spécifique des Etats-Unis (Etats de Californie et de Georgie) et du Canada (Etat de l'Ontario).

3.1.3. Débats de société dans un contexte de développement d'agences privées et d'absence de consensus international.

3.2. Un droit positif mis en tension par l'établissement de filiations à l'étranger.

3.2.1. Cadre général de la reconnaissance en France des liens de filiation établis à l'étranger.

3.2.2. Complexité des enjeux juridiques de la GPA en l'état du droit interne.

3.2.3. Conséquences de la modification de l'article 47 du code civil.

IV - Avis.

I - Rappel des faits et de la procédure

MM. [S] [N] et [C] [P], de nationalité française, se sont mariés à Paris 3^e le 1^{er} juillet 2017. Ils ont eu recours à une convention de gestation pour autrui dans l'Etat de Californie aux Etats-Unis.

Par jugement du 5 juin 2019, la cour supérieure de Californie a rendu une décision pré-natale par laquelle elle a d'une part, déclaré MM. [N] et [P] parents légaux de l'enfant à naître, sans pour autant préciser si l'un d'eux avait la qualité de père biologique (sans autre précision) et d'autre part, dit que la mère porteuse et son époux ne sont pas les parents légaux de l'enfant à naître.

L'enfant [U] [N]-[P] est né à [Localité 2] (Comté de [Localité 3] dans l'Etat de Californie), le 15 août 2019.

Suivant acte du 4 juin 2020, MM. [N] et [P], agissant tant en leur nom personnel qu'en qualité de représentants légaux de l'enfant, ont fait assigner le procureur de la République du tribunal judiciaire de Paris sur le fondement des articles des articles 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et L. 311-11 du code de l'organisation judiciaire, afin notamment que le jugement américain du 13 août 2015 soit revêtu de l'exequatur et qu'il produise en France les effets d'une adoption plénière.

Le ministère public a conclu le 4 décembre 2020 qu'en l'absence de convention entre la France et les Etats-Unis, il appartenait aux requérants de produire au tribunal l'ensemble des éléments nécessaires à ce dernier pour apprécier la régularité internationale de la décision au regard des critères posés par l'arrêt Cornelissen, et lui permettre d'apprécier la portée de la décision.

Par jugement du 30 juin 2021, le tribunal judiciaire de Paris a déclaré exécutoire en France le jugement prénatal du 5 juin 2019 mais a débouté les requérants de leurs autres demandes dont celle consistant à faire dire que ce jugement produira en France les effets d'une adoption plénière.

Sur recours des époux [N]-[P], limité au rejet de leurs demandes complémentaires, la cour d'appel de Paris a, par arrêt du 17 janvier 2023, infirmé la décision des premiers juges et dit que le jugement rendu le 5 juin 2019 par la cour supérieure de l'Etat de Californie pour le comté de [Localité 3] produira, en France, les effets d'une adoption plénière.

C'est l'arrêt attaqué.

II - Moyens des pourvois et question de droit

Le procureur général de la cour d'appel de Paris développe deux moyens de cassation par lesquels il fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir fait produire à l'exequatur du jugement californien du 5 juin 2019 les effets d'une adoption plénière sur le territoire français, alors que :

Premier moyen : « Aux termes des dispositions de l'article 509 du code de procédure civile : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les

officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi. »,

S'agissant des effets de l'exequatur d'un jugement étranger, le juge peut procéder à la traduction d'une institution étrangère dans les catégories du for afin d'assurer son intégration dans cet ordre juridique, pourvu qu'il ne procède pas à une révision de la décision transposée dans l'ordre interne,

En considérant que l'exequatur du jugement prénatal de la cour supérieure de Californie du 5 juin 2019 produit, en France, les effets d'une adoption plénière, la cour d'appel de Paris a, en réalité, procédé à une révision de la décision étrangère prohibée ».

Deuxième moyen :

1) « aux termes des articles 343 et suivants du code civil et notamment de l'article 370-3 dudit code, la procédure d'adoption plénière est soumise en droit français au respect d'un ensemble de conditions strictes de fond et de forme.

En acceptant de considérer que l'exequatur du jugement prénatal de la cour supérieure de Californie du 5 juin 2019 produisait, en France, les effets d'une adoption plénière, la cour d'appel de Paris a procédé à un contournement de la loi française de l'adoption et a violé les articles susmentionnés ;

Que de la même manière, la loi californienne de l'adoption contenue dans le code de la famille aux articles 8500 et suivants dudit code a fait l'objet d'un même contournement, ce code prévoyant des conditions strictes de fond et de forme fondant la procédure de l'adoption en droit étranger.»

2) « aux termes de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant interdiction des discriminations, « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Mais qu'en statuant ainsi et en reconnaissant à une décision étrangère les effets de l'institution de l'adoption plénière par la voie de l'exequatur, la cour d'appel de Paris a, par là même, violé le principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre les couples ayant eu recours à la procédure, allégée au plan du contrôle, de l'exequatur d'un jugement américain de filiation et ceux ayant suivi le parcours procédural exigeant prévu par la procédure française d'adoption plénière, alors que le juge étranger a pris soin, dans le corps de sa décision, d'indiquer qu'il ne s'agissait pas d'un jugement d'adoption. »

Question de droit : Le pourvoi pose la question de savoir si un jugement étranger déclarant que les deux parents d'intention français d'un enfant à naître issu d'un contrat de GPA sont les parents légaux peut produire les effets d'une adoption

pléniaire, en particulier lorsque ces deux parents n'ont aucun lien biologique établi avec l'enfant.

En l'espèce, l'exequatur a été accordée au jugement étranger dont s'agit par décision du tribunal judiciaire, non frappée d'appel sur ce point, le recours étant limité aux effets du jugement étranger.

III - Gestation pour autrui et liens de filiation

La gestation pour autrui, également appelée « *maternité de substitution* », est le fait pour une femme de porter un enfant pour un couple ou une personne seule auquel il sera remis à la naissance. L'Académie nationale de médecine, dans un rapport de 2009¹, soulignait que deux situations devaient être distinguées : celle où la femme, uniquement gestatrice, prête son utérus et celle où elle est à la fois gestatrice et génitrice. L'Académie exposait que l'expression « *gestation pour autrui* » recouvre plusieurs situations différentes :

- la conception de l'enfant résultant d'une fécondation *in vitro* (FIV) des gamètes d'un couple d'intention suivie du transfert chez une gestatrice : les membres du couple sont les parents génétiques de l'enfant ;
- la conception de l'enfant résultant d'une FIV (ou d'une insémination) utilisant les spermatozoïdes de l'un des membres du couple et les ovocytes de la gestatrice, suivie du transfert chez la gestatrice : la gestatrice est à la fois la mère génétique et la mère porteuse, le couple n'a qu'un lien génétique partiel avec l'enfant, par le partenaire géniteur ;
- la conception de l'enfant résultant de la FIV utilisant un ovocyte provenant d'une donneuse fécondé par les spermatozoïdes du partenaire du couple : le couple n'a 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 aucun lien génétique avec l'enfant.

Le Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE), quant à lui, définit la gestation pour autrui² comme « *la situation où une femme assume la grossesse et porte un enfant, en s'engageant à le remettre aux demandeurs, dits «parents d'intention», dès la naissance. Il faut distinguer les situations où il y a eu recours à un don d'ovocytes, impliquant une seconde femme - il s'agit d'une « gestation pour autrui » - , de celles où la femme qui va porter l'enfant peut être celle qui a donné l'ovocyte : on parle de « procréation pour autrui» . Dans les deux cas, les ovocytes sont en principe fécondés par le père d'intention qui est en même temps le père biologique.* »

¹ Académie nationale de médecine, « *La gestation pour autrui* », R. Henrion et C. Bergoignan-Esper, Rapport 09-05, Bull. Académie Nationale de médecine, 2009, 193, n° 3, 583-618, séance du 10 mars 2009

² CCNE, Rapport de synthèse des Etats généraux de la bioéthique, Glossaire, p. 127

Le droit positif français interdit « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* » (C. civ., art. 16-7). Cette position se confronte cependant à un triple défi : l'exigence croissante d'autonomie et d'autodétermination d'un certain nombre d'adultes en désir d'enfant, l'acceptation ou la tolérance de la GPA dans d'autres pays du monde qui procure aux adultes des offres de solution, et la question de la réception en France de filiations établies à l'étranger soit par actes publics soit par jugements.

3.1. Un mode de procréation interdit en France mais toléré ou reconnu ailleurs.

Les premières initiatives organisées de maternité de substitution sont apparues en France dans les années 1980, à une époque où n'existait pas encore la fécondation *in vitro*. La mère porteuse était alors à la fois génitrice et gestatrice et la mise en oeuvre de la pratique, organisée par des associations, ne nécessitait aucune intervention médicale. L'interdiction de ces associations par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation³, puis par la décision de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991⁴ jugeant que la convention selon laquelle une femme s'engageait à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance contrevenait tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes, ont précédé l'intervention du législateur.

La loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain a clairement posé le principe de l'interdiction de la gestation pour autrui. Elle a introduit dans le code civil, au chapitre consacré au respect du corps humain, un article 16-7 qui dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », cette disposition étant d'ordre public (C. civ., art. 16-9).

Cet interdit, justifié par le respect de la dignité humaine et le principe d'indisponibilité du corps humain, se double de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende à l'encontre notamment de ceux qui s'entremettent entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre, ou tentent de le faire (Csp., art. 227-12, al. 3).

Au plan international, en l'absence de texte contraignant, la GPA est tolérée ou reconnue dans plusieurs Etats ou provinces, notamment aux Etats-Unis et au Canada, ce qui suscite de vifs débats de société.

3.1.1. Panorama de droit comparé.

En Europe, la plupart des pays prohibent la gestation pour autrui (en France, en Allemagne, en Autriche, en Espagne ou encore en Italie). Elle est tolérée ou autorisée en Belgique, au Danemark, aux Pays-Bas, en République tchèque ou encore en Ukraine et est expressément réglementée en Grande-Bretagne et en Grèce

³ 1^{re} Civ., 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-15.655.

⁴ Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Rec. Dalloz 1991, p. 417, décision qui a déduit de la réaffirmation de ces principes que l'adoption d'un enfant né d'une mère porteuse par l'épouse du père biologique ne pouvait être prononcée car elle constituerait un détournement de l'institution.

La Belgique et les Pays-Bas ne la tolèrent que si elle est altruiste. Dans un avis du 17 avril 2023, le Comité consultatif de bioéthique belge recommande de légaliser la GPA en prenant appui sur le principe d'autonomie personnelle des parents d'intention et leur droit au respect de la vie privée et familiale, ainsi que sur la maîtrise corporelle de la femme gestatrice. Il souligne que l'objet du contrat n'est pas la cession de l'enfant mais le « *travail de gestation* ».

a) Dans les pays qui autorisent ou tolèrent la pratique (certains Etats des Etats-Unis ou du Canada, Belgique, République tchèque, Pays-Bas, par exemple), les solutions relatives à l'établissement de la filiation des enfants qui naissent de gestation pour autrui sont variables étant observé que, de manière générale, ils ne prévoient pas de règles d'établissement de la filiation distinctes selon que la gestation pour autrui a été menée dans le for ou à l'étranger.

Deux tendances peuvent être dégagées :

1) dans certains pays, l'établissement de la filiation s'effectue par la voie judiciaire, le plus souvent par le biais d'une ordonnance de filiation (Etats-Unis) ;

2) dans d'autres, l'établissement du lien de filiation à l'égard des parents d'intention est réalisé par l'effet de la loi (province de l'Ontario au Canada, Ukraine).

La réception dans le for de la filiation des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger diffère selon que la filiation résulte d'un acte d'état civil ou d'une décision étrangère : dans la première hypothèse, c'est en termes de conflit de lois que la question est généralement envisagée par la jurisprudence ; dans la seconde, ce sont les règles de reconnaissance des décisions étrangères qui s'appliquent. Néanmoins, en dépit de la contrariété de la mention de la filiation à l'égard du parent d'intention à l'ordre public international ou d'une fraude à la loi, au nom du respect des droits fondamentaux de l'enfant, la jurisprudence accepte généralement d'accueillir intégralement dans le for l'acte ou la décision étrangère (Belgique, République tchèque).

Relevons par ailleurs que, contrairement aux autres Etats autorisant la gestation pour autrui, la province du Québec au Canada a adopté des conditions d'établissement de la filiation distinctes selon que la gestation pour autrui a été menée dans le for ou à l'étranger. Dans le premier cas, la filiation à l'égard des parents d'intention est établie par effet de la loi. Dans le second cas, la reconnaissance du lien de filiation à l'égard des parents d'intention doit s'effectuer par la voie judiciaire. La reconnaissance de l'acte d'état civil étranger ou de la décision étrangère produit à l'égard des parents d'intention les mêmes effets qu'ils auraient produits au Canada.

b) Parmi les Etats interdisant la gestation pour autrui (Allemagne, Danemark, Espagne, Finlande, Italie et Suisse), la plupart prévoient des sanctions pénales en particulier à l'égard des intermédiaires et du corps médical qui la pratiquent en dépit du principe d'interdiction.

Ces Etats ont eu à connaître de la réception dans le for du lien de filiation d'enfants nés de gestation pour autrui établi à l'étranger.

Deux approches différentes ont été adoptées : Alors que la plupart d'entre eux envisagent la question comme celle de la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger (Allemagne, Danemark, Finlande, Italie, Suisse), l'Espagne envisage la

question du lien de filiation de l'enfant à l'égard des parents d'intention en termes de reconstruction du lien dans le for.

– La reconnaissance du lien établi à l'étranger : de manière générale, il apparaît que la filiation à l'égard du père d'intention est admise lorsqu'il est également le père biologique. La décision ou l'acte de naissance est alors partiellement reconnu ou retranscrit. En revanche, le parent d'intention qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant n'a souvent pas d'autre choix que de recourir, sous réserve du respect de certaines conditions, à l'adoption.

– La reconstruction du lien dans le for : la Cour suprême espagnole refuse de reconnaître le lien de filiation tel qu'établi à l'étranger au motif de sa contrariété à l'ordre public international. Elle considère que les parents d'intention peuvent établir le lien à leur égard en passant par les règles espagnoles de droit commun de la filiation. En pratique, le parent d'intention qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant doit recourir à l'adoption.

Il convient d'observer que, parmi les Etats interdisant la gestation pour autrui, certains envisagent de revenir sur ce principe en autorisant la pratique (par ex. l'Allemagne), d'autres envisagent d'assouplir les conditions d'établissement de la filiation à l'égard du parent d'intention (par exemple le Danemark ou la Suisse), tandis que d'autres renforcent encore davantage le principe de la prohibition (par exemple l'Espagne ou l'Italie).

3.1.2. Situation spécifique des Etats-Unis (Californie et Géorgie) et du Canada (Ontario et Québec).

a) Les Etats- Unis.

Les Etats-Unis sont le pays dans lequel la pratique est la plus importante au plan quantitatif même si le manque de données exploitables ne permet pas de disposer de données statistiques et comparatives fiables, en particulier depuis l'introduction de la FIV. Le rapport du Sénat⁵ avait évalué à environ 8.000 le nombre annuel de naissances résultant d'une GPA pour l'ensemble des Etats-Unis⁶, pour un prix se situant entre 110.000 \$ et 170.000 \$. Il avait souligné que, dans la plupart des cas, les parents commanditaires sont les parents génétiques de l'enfant. La consultation des sites internet des cliniques la pratiquant mentionne actuellement le même ordre de prix comprenant les frais d'agence, la rémunération de la mère porteuse, les frais juridiques et les frais médicaux dans une clinique de la fertilité. Les sites évoquent une « compensation » des mères porteuses et non un salaire qui varie en général en fonction de leur « expérience » : par exemple, en Californie la compensation commence aux alentours de 35.000 \$ et peut aller jusqu'à 50.000 \$.

1 - Situation juridique. Sur le plan juridique, il n'existe pas de loi fédérale sur la GPA et le cadre juridique relève de la compétence des Etats fédérés. Une minorité

⁵ Sénat, Etude de législation comparée n° 327, Note sur la gestation pour autrui, Direction de l'initiative parlementaire et des directions, note à la demande de la sénatrice J. Garriaud-Meylam, octobre 2023 ; Sénat, Etude de législation comparée n° 182, janvier 2008

⁶ Source (citée par le rapport du Sénat d'octobre 2023 précité : rapport des *Centers for disease control an prevention, assisted reproductive technology, Fertility clinic and national summary report*, p. 21

d'entre eux ont adopté des dispositions législatives⁷ qui autorisent les contrats de GPA en précisant les conditions notamment d'état civil que la mère porteuse et les futurs parents doivent remplir, ainsi que les conditions de fond et de forme que le contrat doit respecter. Certains ont prévu des dispositifs destinés à faciliter l'établissement de la filiation des enfants et à éviter le recours à l'adoption lorsque les parents commanditaires ont un lien génétique avec l'enfant (ex. l'Arkansas, le Texas, l'Illinois, selon des modalités diverses).

Certains Etats réputés favorables à la GPA, qu'ils autorisent de droit ou de fait, organisent un dispositif qui restreint la pratique, notamment en n'autorisant pas systématiquement l'établissement d'ordonnances prénatales. Ainsi, l'État de New York qui autorise depuis 2021 la GPA, interdit son recours aux étrangers.

Parmi les Etats qui ne sont pas favorables à la GPA, certains déclarent nuls les contrats de GPA et font de la GPA à titre onéreux une infraction pénale (ex. le Michigan, le Nébraska).

La Louisiane, qui n'autorise la GPA altruiste depuis 2016 que dans des conditions restrictives, pour les seuls couples mariés et hétérosexuels qui utilisent tous les deux leur propre matériel génétique, sans aucune compensation financière, et sous réserve de conditions de résidence dans l'État (depuis au moins 180 jours) et après accord du tribunal sur le transfert d'embryon.

Relevons que si les règles de filiation sont déterminées par les États, la nationalité des enfants nés d'une GPA à l'étranger relève d'une compétence fédérale. À cet égard, une étude du Congrès américain de 2020 a souligné une difficulté pour les enfants nés à l'étranger de couples de même sexe dans le cadre d'une GPA ou d'une PMA. Si le département d'État a interprété les dispositions de la loi sur l'immigration et la nationalité comme requérant qu'un parent citoyen américain ait une « relation biologique » avec l'enfant né à l'étranger, cette position a été désavouée par les tribunaux, sans que le département d'État ne fasse appel de ces décisions⁸.

2 - Situation de l'Etat de Californie. La GPA y est légalement autorisée, qu'elle soit altruiste ou commerciale. Le lien de filiation de l'enfant né d'une GPA est établi à l'égard des parents d'intention par la voie judiciaire, avant ou après la naissance de l'enfant. La maternité de la mère porteuse et la présomption de paternité de son conjoint ou son partenaire sont écartées par la production à l'instance de la convention de gestation pour autrui signée par toutes les parties.

La Cour suprême de Californie s'est prononcée dès 1993 dans une décision *Johnson v. Calvert*⁹ : L'affaire opposait un couple hétérosexuel-parents d'intention et la mère porteuse, laquelle devait être fécondée à l'aide des ovules de la mère d'intention et du sperme du père d'intention. Après le début de la grossesse, un contentieux est apparu sur les modalités de versement de la rémunération et la mère porteuse a déclaré que,

⁷ Note de législation comparée du Sénat précitée, octobre 2023, p. 27 et s.

⁸ Congressional Research Service, Assisted Reproductive Technology, Surrogacy and U.S. Citizenship for Children Born Abroad, December 10, 2020, LSB 10560

⁹ Supreme Court of California, *Johnson v. Calvert*, n° S023721. May 20 1993

en cas de désaccord, elle garderait l'enfant. Or, en Californie, la maternité est prouvée soit par l'accouchement, soit par un test génétique. Les deux femmes pouvaient donc prétendre à être mère de l'enfant, la mère d'intention en tant que mère génétique et la mère porteuse en tant qu'elle avait accouché. Au regard du contrat de GPA, la filiation parentale a été établie au bénéfice des parents d'intention.

3 - Situation de l'Etat de Géorgie. Cet Etat ne prévoit pas de cadre légal spécifique à la gestation pour autrui. En l'absence d'interdiction, celle-ci est considérée comme étant permise. La convention de GPA est ainsi soumise au principe de la liberté contractuelle.

Les juridictions géorgiennes reconnaissent généralement les conventions de gestation pour autrui (*surrogacy agreements* ou *gestational carrier agreement*) comme des contrats licites. Toutefois, aucune décision relative aux conventions de GPA n'a été publiée.

S'agissant de l'établissement de la filiation des enfants nés de GPA, la pratique a eu recours aux ordonnances de filiation pré ou post-natale. L'ordonnance est un jugement déclaratif par le biais duquel les présomptions de maternité et de paternité sont écartées et la double filiation de l'enfant est établie à l'égard des parents d'intention.

S'agissant des ordonnances pré-natales, une double filiation immédiate entre l'enfant à naître et les parents d'intention est établie, indépendamment de leur situation matrimoniale, de leur orientation sexuelle ou de leur lien génétique, en ordonnant à l'hôpital de leur remettre l'enfant à la naissance et à l'État de Géorgie d'inscrire le nom des parents d'intention sur l'acte de naissance. Ces ordonnances écartent les présomptions qui auraient en principe vocation à s'appliquer, notamment celle selon laquelle la mère est la femme qui accouche, de sorte que la filiation ne soit pas établie à l'égard de la mère porteuse.

Depuis l'introduction en 2009 dans le code géorgien de dispositions spécifiques au transfert d'embryon à un tiers, les articles¹⁰ régissant l'établissement de la filiation des enfants qui en naissent semblent désormais constituer un instrument pour l'établissement de la filiation des enfants nés de GPA. Elles prévoient un mécanisme de renonciation aux droits sur l'embryon au profit d'un parent d'intention bénéficiaire avant le transfert d'embryon. Le parent d'intention bénéficiaire est ensuite autorisé à introduire une requête auprès d'une cour supérieure de Géorgie sollicitant une ordonnance de filiation ou une ordonnance d'adoption, l'article 19-8-42, a), faisant bien la différence entre ces deux types de décisions¹¹.

b) Le Canada.

L'Etat fédéral interdit le principe de la gestation pour autrui rémunérée ainsi que toute activité d'intermédiaire. Toute personne qui contrevient à ces interdictions encourt une amende d'un montant maximal de 500.000 \$ canadiens (soit environ

¹⁰ Code de Géorgie, article 19-8-40 à 19-8-43

¹¹ Code de Géorgie, art. 19-8-42 : « a) Avant la naissance d'un enfant ou après la naissance d'un enfant, un parent d'intention bénéficiaire peut demander à la cour supérieure une ordonnance accélérée d'adoption ou de filiation. »

340.000 euros). Aucun interdit n'est posé sur les contrats de GPA à titre gratuit et la validité de telles conventions relève de la compétence des provinces. La consultation des sites internet spécialisés au Canada mentionne cependant un coût de contrat de GPA se situant dans une fourchette allant de 70.000 à 110.000 \$ canadiens.

S'il n'y a pas de statistiques officielles sur le nombre de GPA pratiquées au Canada, des entreprises spécialisées estiment ce nombre à au moins 400 par an¹². Une partie des GPA est réalisée pour des parents d'intention établis à l'étranger : selon Alana Cattapan, professeure adjointe et chercheuse à la Chaire canadienne de recherche sur la politique de la reproduction, 40 % des mères porteuses interrogées ont agi pour des parents d'intention vivant à l'étranger, notamment en France¹³. Les Québécoises représentent moins de 10 % de ce total, mais le changement législatif intervenu au Québec devrait entraîner une augmentation du nombre de GPA dans la province francophone.

1 - *Dans la province de l'Ontario*, la GPA est actuellement régie par **Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide.** du 5 décembre 2016 qui prévoit les règles minimales que doivent respecter les conventions de GPA.

L'Ontario admettant la multi-parentalité, la loi distingue les règles d'établissement de la filiation selon que celle-ci est établie à l'égard de maximum quatre parents ou au-delà de quatre parents. Dans le premier cas, l'établissement de la filiation résulte en principe de l'effet de la loi. Il est effectif dès lors que la mère porteuse a donné son consentement par écrit dans un délai minimum de sept jours après la naissance de l'enfant. Dans le second cas, l'établissement de la filiation est par principe judiciaire.

2 - Il convient de relever qu'*au Québec*, la gestation pour autrui a été autorisée de manière récente par une loi du 31 mai 2023 entrée en vigueur le 6 juin 2023. Le code civil québécois permet désormais la conclusion d'une convention notariée de GPA à la condition que toutes les parties aient leur domicile au Québec depuis au moins un an. Il se montre également exigeant à l'égard des GPA menées à l'étranger, l'un des parents d'intention devant être soit un citoyen québécois soit un résident permanent du Québec.

Quant aux modalités d'établissement du lien de filiation, une distinction est faite suivant que la mère porteuse est domiciliée ou non au Québec.

3.1.3. Des débats de société dans un contexte de développement d'agences privées et d'absence de consensus international.

Des questions éthiques et juridiques nombreuses sont soulevées depuis des années en France autour de la pratique de la GPA, tout particulièrement à l'occasion de la révision des lois de bioéthique. ***Les débats et les tensions demeurent d'autant plus vifs que, pour répondre au désir d'enfant des personnes ou des couples, se développent des « surrogacy agencies », agences privées, dans ce qu'il***

¹² Surrogacy in Canadaonline, <https://surrogacy.ca/surrogacy-in-canada/faq-on-surrogacy.html#how-many-surrogacy-arrangements-have-there-been-in-canada>, cité dans la note de législation comparée du Sénat, octobre 2023, p. 25.

¹³ Étude citée par : Louise Leduc, « *Le Québec, bientôt une terre fertile pour les mères porteuses ?* », in La Presse, mars 2023, cité par la note de législation comparée du Sénat, octobre 2023, p. 25.

convient d'appeler le « baby business »¹⁴, « le baby market »¹⁵ ou encore le «baby industry ». S'y ajoutent en outre des structures privées qui gèrent les dons de gamètes.

a) Des questions éthiques sérieuses. Dans plusieurs avis confirmés lors des débats engagés à propos de la dernière loi de bioéthique, **le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE)** a développé les enjeux des questions par un **Avis n° 129 du 18 septembre 2018**¹⁶, après avoir procédé à de nombreuses auditions et débats. Il a repris pour l'essentiel un précédent Avis n° 110 du 1^{er} avril 2010.

Dans son **Avis n° 110 du 1^{er} avril 2010**, le CCNE souligne qu'il « demeure ferme sur l'idée que la diversité des législations ne saurait justifier un alignement sur le plus permissif en matière éthique. De même, le fait que les pratiques existent ne doit pas conduire nécessairement en France à les organiser à son tour sur le plan législatif. Aucun Etat ne doit être obligé de légiférer à la faveur d'un fait accompli, la question de la légitimité des pratiques demeurant du ressort du législateur. »

Analysant l'ensemble des arguments pro et anti GPA, il mentionne « une très grande réserve à l'égard du sort que la GPA ferait à la mère porteuse (...). Même si l'on peut admettre que certaines gestatrices agissent dans le cadre d'une liberté effective, il reste qu'on peut ne pas souhaiter que la société accepte ce qui apparaît comme une aliénation, fût-elle volontaire. En outre, de nombreux témoignages attestent qu'avec la GPA on touche aux limites du consentement libre et éclairé : la liberté, dans la GPA, ne paraît pas la même pour toutes les parties en présence. Si la pratique devenait organisée, la constitution de « pools » de gestatrices agréées heurterait la sensibilité collective, en ce qu'elle ferait assumer à une catégorie de femmes la partie la plus physiquement et moralement contraignante de la maternité tandis que l'aspect le plus humainement valorisant reviendrait à une autre. Le refus d'une acceptation sociale de la GPA, même pour les tenants d'une acception libérale de la dignité humaine, se fonde en outre sur des considérations d'ordre sociologique (...) selon lesquelles, dans les pays qui ont légalisé la GPA, le statut social des gestatrices est très largement inférieur à celui des couples d'intention. »

S'agissant de l'enfant conçu et né dans ces conditions, le CCNE ajoute : « sans affirmer, tout d'abord, que l'enfant à naître souffrirait nécessairement d'un traumatisme de l'abandon, on peut toutefois s'interroger sur les conséquences, sur son développement psychologique, du fait qu'il aura été le fruit d'un projet inhabituel et complexe, enjeu d'une transaction sinon d'une tractation entre des intérêts différents. Ensuite, devant les interrogations et la souffrance de certains adultes issus de dons de gamètes, il n'est pas possible de négliger l'impact éventuel à long terme d'une dissociation entre filiation maternelle et gestation sur le psychisme des personnes issues de GPA. Enfin, on peut s'interroger sur les conséquences du processus sur les autres enfants qu'il peut affecter indirectement, qu'il s'agisse des enfants de la gestatrice ou ceux du couple receveur, et que ces enfants soient déjà nés ou à naître.»

¹⁴ D. Spar, « *The baby business : How Money, Science, and Politics drive the commerce of conception* », 2006, Harvard Business School Press, Boston

¹⁵ C. Sanger, « *Developing markets in baby-making : in the matter of baby* » M. 29, Harvard J. Law and Gender 2007, 67-97

¹⁶ CCNE, Avis n° 129, p. 122 à 124

Enfin, le CCNE affirme que la revendication de la légalisation de la GPA procède d'une conception contestable de l'égalité devant la loi :

« il faut se garder d'accréditer l'idée que toute injustice, y compris physiologique, met en cause l'égalité devant la loi. Même si la détresse des femmes stériles suscite un sentiment d'émotion ou de révolte, elle ne saurait imposer à la société d'organiser l'égalisation par la correction de conditions compromises par la nature. Une telle conception conduirait à sommer la collectivité d'intervenir sans limite pour restaurer la justice au nom de l'égalité et correspond à l'affirmation d'un droit à l'enfant - alors que le désir ou le besoin d'enfant ne peut conduire à la reconnaissance d'un tel droit. »

Dans son **Avis n° 126 du 15 juin 2017**, le CCNE constate « avec une extrême inquiétude l'expansion rapide du marché international des GPA, sous la pression d'agences à but commercial et de groupes de pression attachés à présenter et mettre en valeur dans les médias des images positives de ce marché. Le CCNE s'inquiète particulièrement de l'augmentation du nombre de GPA qui sont, en réalité, des productions d'enfants à des fins d'adoption entre personnes privées, censées pallier la raréfaction du nombre d'enfants adoptables, tant sur le territoire national que dans les pays étrangers. Les parents qui suivent le parcours légal de l'adoption ont moins de chance de voir leur désir se réaliser que ceux qui se mettent en rupture de la loi française.¹⁷ » Il recommande, en particulier que :

- « dans les cas de suspicion concernant la réalité de la filiation biologique d'un enfant né par GPA à l'étranger, puisse être réalisée une vérification de la filiation génétique par un test ADN avant la transcription d'état civil étranger en état civil français de l'enfant, pour s'assurer qu'il existe un lien biologique avec au moins l'un des parents d'intention. Le résultat et la situation devraient être soumis à examen. Au cas où se confirmerait un soupçon de trafic d'enfant, ce dernier pourrait être confié à des fins d'adoption.

- l'état civil des enfants garde la trace et le nom de tous les intervenants à la convention de gestation et que les enfants aient accès au contrat qui a permis leur naissance, aux fins de pouvoir « construire leur identité » et reconstituer l'ensemble de leur histoire.¹⁸»

b) Une absence de consensus au plan international et européen et une visibilité incertaine. Au niveau international, le projet de code de droit international privé¹⁹ prévoit, dans sa rédaction actuelle, la création à son article 63 d'une action spéciale permettant l'établissement judiciaire de la filiation des enfants nés de GPA, par le juge français appliquant la loi du pays dans lequel la GPA a été réalisée tout en exerçant un triple contrôle : contrôle des règles du droit étranger, contrôle de proportionnalité et contrôle des effets de l'application de cette loi dans l'ordre juridique français. L'alternative est l'entrée en vigueur d'une convention internationale rédigée sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit

¹⁷ CCNE, Avis n° 126, p. 40

¹⁸ CCNE, Avis n° 126, p. 41

¹⁹ Projet de code de droit international privé, Rapport du groupe de travail présidé par J.-P. Ancel, mars 2022

international privé²⁰. La Conférence est en cours de travail sur les éléments de base qui pourraient permettre la reconnaissance des situations créées, notamment la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger, la reconstruction de ces liens selon les règles du droit national concerné ou, *a minima*, la prise en charge des enfants par le couple d'intention. Plusieurs Etats membres sont hostiles à toute reconnaissance, directe ou indirecte, de la GPA.

La Commission européenne a elle-même publié le 7 décembre 2022 une proposition de règlement relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation²¹, dont l'objectif est de permettre la reconnaissance de plein droit dans tous les Etats membres de la filiation d'un enfant « *quelle que soit la manière dont l'enfant a été conçu ou est né et quel que soit le type de famille de l'enfant* »²², tout en conservant la possibilité pour l'Etat requis (en application de l'article 31) de refuser la reconnaissance sur le fondement d'une méconnaissance de son ordre public international.

Relevons que l'article 22 consacré à l'ordre public dispose que l'application d'une disposition de la loi d'un Etat désigné par le règlement peut être écartée si cette

application est « *manifestement incompatible avec l'ordre public du for* », ajoutant que « *les juridictions et les autres autorités compétentes des Etats membres appliquent le paragraphe 1 dans le respect des droits et principes fondamentaux énoncés dans la charte, et notamment son article 21 relatif au droit à la non-discrimination* ».

Les articles 35 et 36 étendent cette reconnaissance automatique aux « *actes authentiques ayant un effet juridique contraignant* » établissant un lien de filiation, dès qu'ils émanent ou ont été enregistrés au sein d'un Etat membre dont les juridictions sont compétentes au sens du chapitre II, sous la même réserve de la contrariété à l'ordre public international de l'Etat requis.

Ainsi que le relève Alicia Meier-Bourdeau²³, « *de prime abord, la proposition de règlement paraît avoir peu d'incidence sur le droit positif français relatif à l'exequatur en France d'une décision étrangère établissant la filiation d'un enfant issu d'une GPA: en dehors de la décision qui émane d'un Etat membre - ou d'un Etat contractant, en cas de coopération renforcée - et qui bénéficie à ce titre de la reconnaissance de plein droit, la procédure d'exequatur aujourd'hui applicable continuera à s'appliquer aux décisions - d'Etats tiers donc - établissant une telle filiation. Sauf à considérer que l'appréciation de l'ordre public international sera différente, au regard des précisions apportées par l'art. 22, 2, qui obligent les juridictions à mettre en oeuvre l'exception d'ordre public dans le respect des droits et*

²⁰ Rapp. final du groupe d'experts au CAGP, novembre 2022

²¹ COM (2022) 695 final ; S. Fulli-Lemaire, « *Vers un droit international privé européen de la filiation ?* », D. 2023.246

²² Proposition de règlement, exposé des motifs, p. 3

²³ A. Meier-Bourdeau, « *La proposition de Règlement européen : quelle incidence sur l'exequatur d'une décision étrangère établissant la filiation d'un enfant issu de GPA ?* », AJ Fam. 13 juillet 2023, p. 368

principes fondamentaux énoncés dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'incidence sera donc très limitée.»

Le Parlement européen a voté le 14 décembre 2023 une résolution, texte non contraignant, visant à soutenir ce projet de règlement tout en introduisant une exception permettant de ne pas reconnaître la filiation « si elle était manifestement incompatible avec l'ordre public ».

Dans le même temps, le Parlement européen a voté, le 23 avril 2024, un amendement modifiant la directive (texte contraignant) sur la traite des êtres humains²⁴ pour inclure la GPA dans les actes de traite d'êtres humains que les Etats membres sont tenus de sanctionner. Si la formule retenue - « exploitation de la gestation pour autrui » - laisse planer un doute quant aux modalités de GPA visées, d'autant plus que cette matière relève du droit national, il s'agit d'une directive c'est à dire d'un texte international contraignant.

Le texte vise « les personnes qui forcent les femmes à être mères porteuses ou qui les amènent à agir ainsi par la ruse ».

3.2. Un droit positif interne mis en tension par l'établissement de filiations à l'étranger.

L'interdit français de la GPA se confronte non seulement à une exigence croissante d'autonomie et d'autodétermination des personnes elles-mêmes, notamment au regard de leurs choix de vie, mais également à la liberté de circulation et au développement des offres commerciales multiples permettant aux couples d'obtenir la satisfaction de leur désir d'enfant en particulier dans certains Etats des Etats-Unis (v. *supra*), dans des pays comme l'Ukraine ou l'Inde par exemple, où des cliniques sont réservées aux étrangers.

Se pose alors la question de la reconnaissance en France des liens de filiation établis à l'étranger. Cette question classique, dont il convient de rappeler brièvement le cadre, est nécessairement renouvelée et rendue complexe par les demandes de reconnaissance de la filiation d'enfants nés dans le cadre de conventions interdites et nulles en droit français et, plus récemment, par l'évolution de la rédaction de l'article 47 du code civil²⁵.

3.2.1. Cadre général de la reconnaissance en France des liens de filiation établis à l'étranger.

Vouloir faire reconnaître en France une filiation établie à l'étranger ou en faire tirer les conséquences suscite depuis longtemps un contentieux important. S'agissant de demandes relevant de l'état des personnes, indisponible en droit français, les règles

²⁴ Directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène

²⁵ C. civ., art. 47, loi n° 2021-1017 du 3 août 2021, art. 7

applicables diffèrent selon que la filiation a été établie par un jugement étranger ou par un acte public étranger²⁶ :

a) Lorsque la filiation a été établie par un jugement étranger, les règles ont été définies par l'arrêt « *Hainard* »²⁷ (Req. 3 mars 1930) selon lequel « *les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf les cas où les jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes* ». Cette solution a été suivie par la jurisprudence²⁸.

Cependant, **la reconnaissance immédiate des effets du jugement suppose la régularité internationale de la décision** : « *Les décisions étrangères se trouvent immédiatement reconnues dès lors qu'elles remplissent les conditions de régularité internationale, avant même que leur régularité ait été vérifiée* »²⁹. En conséquence, les décisions étrangères sont soumises à un contrôle qui peut être effectué par voie incidente ou principale et les actions peuvent être engagées par le ministère public ou par toute personne qui y a intérêt. Ce contrôle, d'abord soumis aux cinq conditions de l'exequatur telles que définies à l'origine par l'arrêt « *Munzer* » (1^{ère} Civ., 7 janv. 1964)³⁰, est réalisé par la vérification des trois conditions posées par l'arrêt « *Cornelissen* » (Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 05-14.082)³¹ :

*« pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi »*³².

En revanche, le contrôle de la loi appliquée au fond a été abandonné, ce qui a provoqué des critiques d'une partie de la doctrine³³.

²⁶ V. Répertoire droit intern., Titre 2 - Filiation établie à l'étranger

²⁷ Req. 3 mars 1930, S. 1930. 1. 377, note J.-P. Niboyet ; RDIP 1931. 329, note J.-P. Niboyet ; JDI 1930. 981

²⁸ 1^{re} Civ., 5 mai 1962, D. 1962. 718, note G. Holleaux ; 1^{ère} Civ., 29 mars 1989, Rev. crit. DIP 1990. 352, note P. Mayer

²⁹ Holleaux, Foyer, de Geouffre de la Pradelle, Droit international privé, Masson, 1987, p. 429, nos 933 s.

³⁰ Rev. crit. DIP 1964.344, note Battifol ; JCP 1964, II, 135.90, note Ancel, Grands Arrêts, n° 41

³¹ 1^{re} Civ., 20 févr. 2007, n° 05-14.082, D. 2007. 1115, note d'Avout et Bollée ; Rev. crit. DIP 2007. 420, note Ancel et Muir Watt ; JDI 2007. 1115, note Train ; D. 2007, Pan. 1751, obs. Jault-Seseke

³² cette dernière condition a été élargie par l'arrêt « *Gazprombank* » (1^{ère} Civ., 30 janv. 2013, n° 11-10.588, D. 2013. Actu. 371) qui parle de « fraude »

³³ v. not. Audit et d'Avout, op. cité dans Rép. droit international, p. 465, n° 531.

Ajoutons que, par un arrêt du 7 novembre 2012³⁴, la première chambre civile a rappelé l'exigence de motivation de la décision étrangère et la nécessité de son interprétation.

La jurisprudence a assez souvent exercé son contrôle sur les décisions étrangères intervenant en matière de filiation, en particulier sur le terrain de l'ordre public, et a dégagé la distinction entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué à propos de jugements allemands³⁵, bien avant l'arrêt « *Rivière* » (1^{ère} Civ., 17 avr. 1953). Sur le terrain de la preuve de la filiation naturelle, soumise à la loi du fond, elle a estimé contraire à l'ordre public la loi allemande admettant l'existence de relations intimes entre le défendeur et la mère sur le seul témoignage de celle-ci³⁶. La question de l'ordre public international est réapparue, sous un angle différent, à propos des procréations médicalement assistées et de l'Avis de la première chambre civile du 22 septembre 2014³⁷ selon lequel « *le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* ».

b) Lorsque la filiation a été établie par des actes publics étrangers (actes authentiques, actes sous seing privé, actes publics), la question des effets en France a soulevé des débats en doctrine³⁸.

De manière générale, le régime de ces actes tend à s'aligner sur celui reconnu aux jugements étrangers³⁹. Certains actes sont globalement assimilés à des actes juridictionnels, en particulier les actes qui, « *sans être effectués par un juge, produisent dans leur État d'origine vis-à-vis de leurs destinataires certains effets caractéristiques attachés au jugement en France* ». En ce domaine, hors du champ d'application des règlements européens, il faut se référer à la règle de droit commun, telle qu'elle est définie par l'article 509 du code de procédure civile pour la « *reconnaissance transfrontalière* »⁴⁰.

³⁴ 1^{re} Civ., 7 novembre 2012, n° 11-23.871, JDI 2014.1176, note Chalas

³⁵ Civ. 11 avril et 1^{er} mai 1945, Bach et Schabel, D. 1945. 245, note P. L.-P. ; S. 1945. 121, note Batiffol

³⁶ 1^{re} Civ., 19 déc. 1973, D. 1974. 661, 1^{ère} esp., note Mezger ; Rev. crit. DIP 1974. 534, note Wiederkehr ; JDI 1974. 616, note Huet. – 1^{ère} Civ., 18 mai 1976, JDI 1977. 485, note Huet ; Rev. crit. DIP 1978. 351, 1^{ère} esp., note Simon-Depitre et Foyer

³⁷ 1^{re} Civ., Avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006

³⁸ V. par ex. Pamboukis, « *L'acte quasi public en droit international privé* », Rev. crit. DIP 1993. 565 s., Goré, « *L'acte authentique en droit international privé* », Trav. Com. fr. DIP 1998-2000. 23 s

³⁹ Ancel, « *L'épreuve de vérité – Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée* », in Le droit entre tradition et modernité : Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, 2012, Dalloz, p. 1 s.

⁴⁰ Peroz, « *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français* », 2005, LGDJ

Selon cet article, « *les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi* ». La force exécutoire est soumise à une procédure contentieuse devant le tribunal judiciaire. L'acte authentique doit être conforme à l'ordre public international⁴¹.

Le contentieux de la reconnaissance en France des liens de filiation établis à l'étranger a été entièrement renouvelé par les demandes de reconnaissance d'enfants nés de GPA, ou d'ailleurs de procréations médicalement assistées, pratiquées à l'étranger, tout comme les règles classiques en la matière. Les filiations ainsi établies, favorisées par le développement scientifique des procédés de procréations, mais aussi par le recours à des pratiques plus « artisanales » de trafics et de transferts d'enfants conçus naturellement, soulèvent un contentieux juridictionnel de plus en plus important et un débat doctrinal intense qui n'est pas cantonné aux juristes de sorte qu'il est indispensable de mettre en perspective les enjeux.

3.2.2. Complexité des enjeux juridiques de la GPA en l'état du droit interne

Nous savons que la naissance d'un enfant issu d'une GPA peut impliquer l'intervention de plusieurs personnes différentes, dont le nombre peut aller jusqu'à cinq : les donneurs de gamètes et d'ovocytes, la mère porteuse et chacun des parents dits d'intention. L'établissement de la filiation est nécessairement mis en tension puisqu'un enfant peut ainsi être né de plusieurs ADN. Au-delà, se pose la délicate question de l'intérêt de l'enfant non seulement dans le temps qui suit sa naissance mais aussi et plus profondément encore dans le temps plus long de la construction de son identité qui convoque le droit pour lui de connaître ses origines et la vérité de sa conception.

a) De difficiles questions de droit interne, en particulier de droit de la filiation.

Nous savons que l'accueil réservé de manière générale aux procréations assistées pratiquées à l'étranger avec intervention d'un tiers soulève des questions juridiques complexes au regard du droit international privé mais aussi des principes du droit interne, telles par exemple la redéfinition éventuelle d'une filiation fondée uniquement sur la volonté et la connaissance de leurs origines par les enfants issus de telles pratiques. Ces questions convoquent ensemble non seulement le droit civil mais aussi le droit de la bioéthique, le droit social et de la protection sociale et, le cas échéant, le droit pénal.

Le droit de la filiation, inscrit dans le code civil, est une composante de l'état des personnes figurant à l'état civil de chacune d'elles selon les modalités prévues aux

⁴¹ Ex. par un arrêt du 22 février 1990, la cour d'appel de Paris (Paris, 22 févr. 1990, D. 1990. 108) a estimé qu'une reconnaissance de paternité reçue dans un acte authentique par un officier d'état civil allemand pouvait être reconnue en France et recevoir exécution s'il satisfaisait aux conditions du droit international privé français, alors même que son exécution ne serait pas possible sur le fondement de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

articles 34 et suivants du code civil. Il organise le lien juridique unissant un enfant à son ou ses parents. Les grands mouvements législatifs qui ont contribué à le dessiner n'ont pas érigé de droit commun de la filiation, notre code civil prévoyant toujours expressément deux régimes distincts: la filiation adoptive et la filiation non adoptive. La dernière loi de bioéthique du 2 août 2021, qui a introduit la possibilité d'une double filiation maternelle dans l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur⁴², n'a pas conduit le législateur à introduire dans le code civil un chapitre complémentaire propre à l'utilisation des techniques de procréation assistée⁴³.

Pourtant, ainsi que le relèvent plusieurs auteurs,⁴⁴ l'utilisation du même vocable de filiation implique l'existence d'un concept commun qui crée un lien juridique de parenté entre, à la fois, l'enfant et son ou ses parents d'une part, et le ou les parents à l'enfant, d'autre part. Ce concept se distingue de la parentalité qui correspond, quant à elle, une relation de fait existant entre un enfant et une ou plusieurs personnes qui ne sont pas ses parents mais qui peuvent se comporter comme tels⁴⁵.

Les deux types de liens, adoptifs et non adoptifs, partagent par ailleurs, lorsqu'ils sont établis, les mêmes effets puisque les deux filiations induisent les mêmes conséquences juridiques à l'égard de l'enfant, qu'il soit mineur (Livre Ier, Titre IX « *De l'autorité parentale* » et X « *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation* ») ou, indépendamment de son âge. Ainsi, une personne appartient à une famille à laquelle elle est rattachée par un lien de filiation qui l'inscrit dans une lignée dont elle est la descendante. Sur ce second volet, les règles juridiques sont dispersées au-delà du code civil (principalement dans les dispositions régissant la dévolution successorale, C. civ., art. 720 et s.), notamment dans le code de la santé publique, le code de l'action sociale et des familles ou encore le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

En tout état de cause, en inscrivant l'enfant dans une famille, la filiation détermine en particulier son nom, ses droits alimentaires et successoraux et ses obligations de sorte que, pour cette raison, les deux types de filiation « sont soumises à un certain nombre de problématiques communes ayant trait notamment au caractère indisponible de la filiation, aux délais de remise en cause du lien de filiation, au poids de la vérité biologique face au droit pour l'enfant de connaître ses origines et pour le parent biologique de voir sa filiation établie à l'égard de son enfant, et, plus

⁴² C. civ., art. 342-10 et s., Csp., art. L. 2141-2

⁴³ V. not. CE, Etude « *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?* », 22 juin 2018 ; CE, Avis sur le projet de loi relatif à la bioéthique, 18 juin 2019, n° 397.993.

⁴⁴ J. Hauser, M. Cresp, M. Ho-Dac, S. Sana-Chaillé de Néré, et a., « *Droit de la famille. Droits français, européen, international et comparé* », Bruylant, 2017, p.578 et s.

⁴⁵ V. not. F. Dekeuwer-Defossez, « *Réflexions critiques d'un juriste sur la «parentalité* », Mélanges J. Hauser, LexisNexis, Dalloz, p. 41 et s.

*largement, à l'essor d'un droit hybride « à » la filiation, entendu comme le droit pour un homme ou une femme d'être le parent juridique d'un enfant ».*⁴⁶

La proximité des filiations adoptives et non adoptives pourrait conduire à s'interroger sur la pertinence de la distinction et, en tout cas, à rechercher ce qui est l'essence de la filiation dont on voit bien qu'elle repose parfois sur un fondement et une vérité biologiques, correspondant aux liens du sang et, avec l'avancée des techniques scientifiques, aux liens génétiques, et parfois sur une vérité sociologique, la volonté de devenir parent et un comportement principalement affectif. Cette distinction, qui repose sur l'existence ou non d'éléments biologiques ou génétiques correspond actuellement au modèle français de la filiation séparant la filiation non adoptive de la filiation adoptive. Même si d'une part, la filiation non adoptive n'est pas toujours conforme à la vérité biologique, par exemple en cas de reconnaissance mensongère ou d'établissement de la filiation par possession d'état, et si d'autre part, des liens biologiques peuvent préexister à l'établissement d'une filiation adoptive. Et même si le droit français interdit l'établissement de certains types de liens, par exemple à l'égard d'un donneur de gamètes dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation (C. civ., art. 342-9), ou en cas d'inceste (C. civ., art. 310-2).

Les choix opérés successivement par le législateur en droit interne sur les modes de procréation et, plus largement, sur les modèles familiaux et sur la filiation en tant que composante de l'état des personnes, sont sensibles. Apporter des réponses cohérentes et suffisamment pérennes, tout en respectant les principes fondamentaux de l'état des personnes, du droit de la filiation et de la famille, mais aussi de l'encadrement de la procréation médicalement assistée avec donneur, ne relève d'aucune évidence.

La CEDH elle-même, dans son Avis du 10 avril 2019⁴⁷, a clairement laissé aux Etats une marge d'appréciation importante pour déterminer quelle est la voie procédurale la plus adaptée pour reconnaître les liens de filiation d'un enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger lorsqu'il s'agit du parent qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant et pour apprécier si cette reconnaissance est justifiée au regard des circonstances particulières de l'espèce, dès lors que les autorités permettent le maintien de la « *vie familiale* ».

b) Un intérêt de l'enfant qui interpelle le droit d'accès aux origines et à la vérité de sa conception. La recherche de l'intérêt de l'enfant est elle-même parsemée de nombreux écueils si l'on ne veut pas se satisfaire d'un intérêt abstrait, immédiat, uniquement dicté par le désir de ceux qui ne le voient qu'au travers de leur projet parental et des situations créées de fait.

Sur le terrain de la doctrine juridique, les divergences de point de vue sont anciennes, persistantes et difficilement conciliables. La thèse de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant né d'une GPA, en particulier, est défendue par de très nombreux auteurs, avec des nuances⁴⁸.

⁴⁶ J. Hauser et a., précités

⁴⁷ CEDH, Avis consultatif relatif la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, 10 avril 2019, n° P 16-2018-001

⁴⁸ V. not. Lagarde, Rev. crit. DIP 2009. 320 ; Fulchiron et Bidaud-Garon, «*Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse* »,

Ils considèrent d'une part, que le refus de la reconnaissance de la filiation frappe celle-ci de clandestinité juridique et empêche la communauté de vie effective et affective des enfants et de leurs parents, alors même que les enfants ne sont pas coupables du comportement des adultes⁴⁹. D'autre part, et surtout, que les textes imposent le respect de l'intérêt de l'enfant, la protection de la vie familiale et le respect de la vie privée (article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant). Ce sont les arguments qui seront retenus par la CEDH en 2014⁵⁰.

D'autres auteurs estiment nécessaire d'interdire le tourisme procréatif⁵¹ au motif principal du respect de l'article 16-7 du code civil, issu de la loi bioéthique du 29 juillet 1994, aux termes duquel : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation chapitre sont d'ordre public* ». Au motif aussi des dangers de ce tourisme procréatif⁵² et du comportement des parents d'intention qui, non seulement ont sciemment entrepris de violer la règle posée par l'article 16-7 du code civil, mais demandent ensuite au juge français de s'incliner devant le fait accompli et de régulariser une situation illégale à la source, c'est-à-dire de permettre à des citoyens de se faire juges du bien-fondé d'une loi qui contrarie leurs propres désirs. Jean Hauser parle à cet égard d'« *enfant fait accompli* »⁵³.

Ces auteurs s'appuient aussi sur les conséquences de l'admission des GPA en France en soulignant que, contrairement à l'adoption internationale qui est encadrée, notamment par un agrément et un contrôle juridictionnel, le marché de la GPA se pratique sans aucun contrôle : nul ne vérifie les aptitudes des parents d'intention, ni,

D. 2013. Chron. 2349 ; Berthiau et Brunet, D. 2011. Chron. 1522 ; Bollée, JDI 2009. 577 ; Godechot-Patris, « *L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspective de droit international privé* », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, 2012, Dalloz, p. 293 ; Murat, Dr. fam. 2002. 16 ; « *Gestation pour autrui : les palinodies de la cour d'appel de Paris* », Dr. fam., juin 2009. 27 ; Farge, « *Quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une solution boiteuse inadmissible* », Dr. fam., sept.-oct. 2010. 23 ; de Geouffre de la Pradelle, D. 2010. 1683 ; Dionisi-Peyrusse, note AJ fam. 2013. 532 ; Marguénaud, « *La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui* », RTD civ. 2014. 835 ; Viganotti, Gaz. Pal. 23-24 juill. 2014, p. 13 ; Bandrac, Delaisi de Parceval, Depagt-Sebag, « *Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ?* », D. 2008. 434.

⁴⁹ V. not. Viganotti, Gaz. Pal. 23-24 juillet 2014, p. 13 s. ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « *Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères* », D. 2014. Chron. 1773.

⁵⁰ CEDH, 26 mai 2014, n° 65941/11 et n° 65192/11, D. 2014.1797, note Chénéde ; RTD civ. 2014.616, obs. Hauser

⁵¹ J. Hauser, not. RTD civ. 2007. 556 ; RTD civ. 2009. 106 ; RTD civ. 2010. 96 ; RTD civ. 2010. 317 ; RTD civ. 2012. 302 ; RTD civ. 2013. 586 ; RTD civ. 2013. 816 ; RTD civ. 2014. 355 ; RTD civ. 2014. 872 ; Mrkovic, « *PMA, GPA : La controverse juridique* », 2014, éd. Téqui ; « *Mère porteuse : maternité indéterminée* », Dr. fam. 2009. Étude 24 ; C. Neirinck, Dr. fam., juin 2009. 27 ; F. Chénéde, obs. AJ fam. 2013. 532 ; M. Fabre-Magnan, note D. 2013. 2384 et « *La gestation pour autrui, fictions et réalité* », 2013, Fayard

⁵² J.-J. Lemouland, « *Le tourisme procréatif* », LPA 28 mars 2001, p. 24 s ; H. Fulchiron, « *La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?* », JDI 2014. 563.

⁵³ J. Hauser, « *État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli !* », RTD civ. 2014. 563

semble-t-il, les qualités physiques et morales de la mère, ni l'état physiologique de l'enfant à naître. On est alors, soulignent-ils, dans le domaine du non-droit, d'autant plus qu'on ne se préoccupe guère de l'intérêt de la mère porteuse. Certains vont jusqu'à s'interroger sur une tendance lourde à l'« *interchangeabilité des droits par promotion des volontés individuelles* »⁵⁴.

En présence de ces différentes thèses de la doctrine juridique, et des enjeux multiples des questions (v. *supra*, p. 11 à 15, 18 et s.), il est sans doute devenu indispensable de réinterroger le contenu de l'intérêt de l'enfant considéré comme primordial par la Convention internationale des droits de l'enfant (art. 3 § 1) et comme une composante de la vie privée et familiale de l'enfant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Nous pouvons ainsi plus fondamentalement nous demander s'il n'est pas extrêmement délicat de soutenir catégoriquement que l'intérêt de l'enfant est nécessairement celui de ceux ou celles qui ont « conçu » son projet de naissance en effaçant totalement les liens complexes, de nature psychologique et biologique, avec une composante épigénétique, qui se tissent pendant la durée de la grossesse et qui constituent les éléments d'un attachement précoce. C'est en tout cas les questions que posent en particulier le CCNE (v. *supra*). Il nous apparaît, en tout état de cause, qu'il nous faut sans doute prendre garde à ne pas caricaturer l'intérêt de l'enfant, d'autant que l'enfant lui-même ne pourra prendre la parole que bien plus tard, lorsqu'il cherchera à connaître son histoire et ses origines (ce qui constitue un droit fondamental pour lui). Cet intérêt considéré sans recul et sans la puissance du socle des principes fondamentaux sur lesquels il s'appuie « *peut conduire à tout permettre et à ne rien interdire puisqu'il [l'enfant] suffit qu'il soit là* », ainsi que l'écrivait Jean Hauser⁵⁵.

Introduire une analyse de l'intérêt dit supérieur de l'enfant à partir de l'ensemble des enjeux qui le concernent directement est désormais indispensable et urgent, tout particulièrement lorsque, comme dans les trois pourvois soumis à l'examen de notre chambre, il est mis en tension avec la GPA pour lui faire produire les mêmes effets que l'adoption. De nombreux travaux, et en particulier le rapport de 2023 de la triple inspection sur les pratiques illicites en matière d'adoption internationale⁵⁶, relèvent en effet clairement que la GPA peut être utilisée comme une voie de contournement des règles de l'adoption internationale et être source de pratiques illicites pour accéder à la parentalité. Ils confirment qu'« *en tout état de cause, la quête de la connaissance de leurs origines par ces enfants devenus adultes, d'ici vingt à trente ans, est susceptible de présenter des caractéristiques et des difficultés similaires à celle des personnes adoptées devenues aujourd'hui adultes* ».

⁵⁴ Hammje, « *Maternité pour autrui, possession d'état et état civil* », *Rev. crit. DIP* 2011.722, spéc. p. 730

⁵⁵ Jean Hauser, *RTD civ.* 2014. 618., précité

⁵⁶ Rapp. mission interministérielle relative aux pratiques illicites dans l'adoption internationale en France, Inspections générales des affaires étrangères, de la justice et des affaires sociales, octobre 2023

Le rapport interministériel souligne que cette problématique entretient avec celle des pratiques illicites des relations étroites puisque c'est souvent en partant à la recherche de leurs origines que des enfants ont découvert les circonstances douteuses dans lesquelles s'était déroulée leur adoption. Il mentionne sans ambiguïté que ces enfants demandent un droit à l'accès aux origines d'autant plus important pour eux que l'adoption plénière leur a attribué de nouveaux parents en effaçant leur filiation originelle et en modifiant leur état civil. Cette recherche identitaire n'est pas systématique et peut intervenir à différents moments, prendre des formes variées. Certaines étapes de la vie sont plus propices au questionnement et à la recherche des origines, à l'adolescence et surtout à l'âge adulte, en particulier lorsque l'enfant devient lui-même parent.

En tout état de cause, et dans tous les cas, nous savons que le droit à l'identité est de plus en plus reconnu au niveau national et international comme un droit fondamental de la personne humaine découlant essentiellement d'une construction jurisprudentielle s'appuyant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale de toute personne.

La Cour européenne des droits de l'homme elle-même qui, en l'absence de consensus des Etats, opère une distinction subtile entre l'ingérence de l'État dans la vie familiale des parents d'intention qu'elle a admis pour la France (v. CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, § 94) et le droit des enfants au respect de leur vie privée et familiale, semble dégager progressivement pour eux un droit d'accès aux origines, considérant que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme contient le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain (CEDH, Plén., 7 juillet 1989, Gaskin c/Royaume-Uni, req. N° 10454/83)⁵⁷.

Dans un arrêt récent du 30 janvier 2024⁵⁸, mettant en discussion le droit de l'enfant devenu adulte à connaître ses origines et le droit absolu de la mère au secret de son identité lorsqu'elle accouche sous l'anonymat, elle a clairement remarqué que l'évolution du droit français en cette matière correspond à la tendance générale qui se dégage en faveur d'une levée de l'anonymat des donneurs de gamètes dans les travaux du Conseil de l'Europe et a souligné l'accentuation de l'anachronisme du maintien de l'accouchement sous le secret (§ 28). Si, dans cette affaire particulière, elle a considéré qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 8, notamment parce que l'enfant devenu adulte avait obtenu des éléments précis sur les circonstances de l'abandon par le CNAOP, elle a tout de même ouvert la voie d'une possible position

⁵⁷ V. également CEDH, 13 février 2003, Odièvre c/ France, n° 42326/98, qui reconnaît *l'intérêt vital de l'enfant dans son épanouissement*, y compris lorsqu'il est devenu adulte, à *recevoir des renseignements qu'il (lui) faut connaître, à comprendre (son) enfance et (ses) années de formation*, même si, en l'absence de consensus, les Etats disposent d'une marge d'appréciation leur conférant le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 ; CEDH, 13 juillet 2006, Jäggi c/ Suisse, n° 58757/00, reconnaissant que l'intérêt à connaître son ascendance ne cesse pas avec l'âge.

⁵⁸ CEDH, 30 janvier 2024, Cherrier c/ France, n° 18843/20, F. Monéger, « *Le droit à la connaissance de ses origines versus le droit absolu de la mère au secret de son identité* », RDSS mars-avril 2024, p. 241 et s.

différente au regard de la conciliation des droits et intérêts de l'enfant et de la mère après le décès de celle-ci (§ 73). L'opinion dissidente du juge Mourou-Vikström conforte cette ouverture lorsque, reprenant l'argumentaire dissident déjà développé dans l'arrêt Odièvre de 2003⁵⁹, elle écrit : « *dans la pesée des intérêts en présence, la balance penche donc en faveur de la mère au détriment du droit de l'enfant de savoir qui sont ses parents biologiques. Pourquoi ce rapport de force déséquilibré est-il maintenu entre des intérêts pourtant tous deux protégés par la convention et qui ont vocation à évoluer avec le temps ?* »

Cette évolution puissante vers la reconnaissance du droit de l'enfant à connaître ses origines et la vérité des conditions de son abandon, de son adoption et tout simplement de sa conception, prend en compte l'évolution du temps dans la vie de l'enfant, temps qui fait émerger ce besoin pour l'enfant dans la construction de son identité. Comme en 2003 dans l'arrêt Odièvre précité, l'opinion dissidente de l'arrêt de 2024 reprend l'idée que la position de la CEDH tend à consacrer et à valoriser la famille légale, la famille adoptive « *celle qui a éduqué et élevé l'enfant au détriment de l'autre famille, celle du sang qui ne serait que secondaire* ». Nous percevons bien que cette position ne tient plus face à une conception reconnaissant l'intérêt supérieur comme une considération primordiale, tout particulièrement dans la construction de son identité.

Au soutien de cette position, nous pouvons sans doute ajouter au plan international que l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, ratifiée par la France le 7 août 1990, affirme que l'enfant a, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. En outre, par une Recommandation du 26 janvier 2000, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invite les États à assurer le droit de l'enfant adopté de connaître ses origines au plus tard à sa majorité et à éliminer de leur législation nationale toute disposition contraire⁶⁰. Au plan interne, le Conseil constitutionnel a lui-même consacré une exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant par une décision du 21 mars 2019⁶¹ qui, selon nous, le place désormais au-dessus des autres intérêts.

Il nous reste désormais à préciser les contours de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les dimensions liées à la construction de son identité afin de le rendre effectif.

3.2.3. Les conséquences de la modification de l'article 47 du code civil.

L'établissement ou la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une convention de GPA dans un État étranger où cette pratique est légale a longtemps emprunté, en France, la voie de la transcription des actes de naissance étrangers

⁵⁹ Références, opinion dissidente : « *le «droit de véto» pur et simple reconnu à la mère entraîne pour effet que les droits de l'enfant reconnus dans l'équilibre général de la convention, sont entièrement négligés, oubliés* »

⁶⁰ Ass. Parl., Recommandation 1443/2000, Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale, 26 janvier 2000

⁶¹ Cons. cons., Décision n° 2018-768 QPC, 21 mars 2019

des enfants. Les nombreuses décisions rendues par la Cour de cassation et par la Cour européenne des droits de l'homme sont ainsi, pour la plupart, intervenues dans des affaires où se posait uniquement la question de la transcription de ces actes de naissance étrangers.

a) Transcription et exequatur. Pour rappel, **la formalité de la transcription**, qui ne permet en aucun cas d'établir légalement un lien de filiation ainsi que l'a jugé la Cour de cassation⁶² (« *une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant [...] n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation* ») n'est nullement à l'abri d'une contestation dans les conditions fixées, notamment, par les articles 332 et s. du code civil. D'autant que la Cour de cassation a également jugé⁶³ que « *la transcription d'un acte sur les registres de l'état civil français n'a[vait] pas pour effet de le purger des vices dont il [était] atteint* ». Ainsi, même après la solution dégagée par la décision du 18 décembre 2019⁶⁴, qui offrait alors aux parents la possibilité de faire transcrire intégralement et sans aucun contrôle juridictionnel les actes de naissance étrangers de leurs enfants, la situation demeurerait fragile.

La procédure d'exequatur d'un jugement étranger, dans le cadre qui nous intéresse, tend à contrôler la régularité d'une décision étrangère établissant un lien de filiation de l'enfant issu d'une GPA à l'égard des parents d'intention. Les éléments de contrôle sont différents selon qu'il existe ou non une convention bilatérale entre la France et le pays d'origine de la décision. S'il en existe une, il faudra s'y référer. S'il n'en existe pas, en l'absence par ailleurs de convention multilatérale, les conditions de régularité d'une décision étrangère en France ont été posées par l'arrêt Cornelissen du 20 février 2007 (v. *supra* p. 11 et 12). Trois conditions sont ainsi posées, qui sont autant de points de contrôle à analyser par le juge pour accorder l'exequatur à une décision étrangère, sans pouvoir aller au-delà de ces conditions. Il lui est en effet interdit de revoir les motifs de la décision étrangère et de la réviser, la Cour de cassation y étant particulièrement attentive, notamment en matière d'exequatur de jugements étrangers d'adoption internationale⁶⁵.

b) La modification de l'article 47 du code civil et ses conséquences.

Au terme d'une évolution tant jurisprudentielle que législative, la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique a modifié la rédaction de l'article 47 du code civil. Désormais, depuis le 4 août 2021, la réalité des faits déclarés dans tout acte de l'état civil étranger doit s'apprécier au regard de la loi française.

En imposant, pour reconnaître la valeur probante d'un acte d'état civil étranger et, par suite, pour autoriser sa transcription, que les faits qui y sont mentionnés ne

⁶² 1^{re} Civ., 18 décembre 2019, pourvoi n° 18-12.327, P, AJ Fam. 2019.175, obs. A. Dionisi-Peyrusse

⁶³ 1^{re} Civ., 17 novembre 2021, pourvoi n° 20-20.345

⁶⁴ 1^{re} Civ., 18 décembre 2019, pourvoi n° 18-12.327

⁶⁵ 1^{re} Civ., 20 mars 2019, pourvoi n° 18-50.005, D. 2019.643 ; 1^{re} Civ., 3 octobre 2019, pourvoi n° 18-21.843

soient pas contraires à la réalité telle qu'appréhendée par la loi française, le législateur a ainsi interdit la transcription intégrale des actes de naissance des enfants nés de GPA. De tels actes sont nécessairement contraires à la réalité, au sens de la loi française, puisqu'ils contiennent des mentions indiquant, comme parents, une personne autre que :

- la femme qui a accouché de l'enfant,
- le mari de cette dernière,
- ou le père réputé avoir contribué, par ses gamètes, à la conception de cet enfant.

Lors des débats parlementaires, le gouvernement avait justifié cette modification de la rédaction de l'article 47 du code civil, au motif que « *le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, au mois de décembre 2019, a[vait] soustrait les GPA réalisées à l'étranger de tout contrôle du juge* »⁶⁶ et qu'il convenait en conséquence « *de rétablir ce contrôle, et ce avant l'établissement du lien de filiation à l'égard du parent d'intention* ».

Il ajoutait qu'il était « *absolument indispensable de conserver un contrôle sur les conditions dans lesquelles l'enfant (avait) été remis à ses parents d'intention* », de vérifier si « *l'enfant (était) (...) bien issu d'une convention de GPA* » et qu'il « *ne (s'agissait) pas en réalité d'un contournement des règles de l'adoption internationale* ».

Il convient ici de relever que le législateur n'a pas adopté l'amendement débattu au Sénat par lequel avait été envisagée la création d'un article 47-1 qui aurait alors disposé que « *tout acte de l'état civil ou jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption, établissant la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour le compte d'autrui ne (pouvait) être transcrit sur les registres en ce qu'il (mentionnait) comme mère une femme autre que celle qui (avait) accouché ou lorsqu'il (mentionnait) deux pères* ».

En conséquence, et compte tenu de la modification de l'article 47 du code civil, le lien de filiation mentionné dans l'acte de naissance étranger est reconnu de la manière suivante⁶⁷ :

* s'agissant de la filiation maternelle, lorsque la mère indiquée dans l'acte de naissance d'origine n'est pas la mère qui a accouché, elle ne peut obtenir la transcription de l'acte étranger à son égard dans la mesure où, au regard de la loi française, la mère est celle qui accouche (C. civ., art. 311-25) ;

* s'agissant de la filiation paternelle, plusieurs conditions doivent être réunies pour que la transcription soit effectuée par l'officier de l'état civil :

⁶⁶ Sénat, compte-rendu intégral de la séance du 3 février 2021, JO 4 février 2021, p. 742

⁶⁷ V. Consultation de la DACS, 7 mars 2024, annexée au présent Avis, p. 4

> la filiation paternelle doit être établie par la désignation du père déclarant dans l'acte étranger (rubrique 280 de la circulaire du ministère de la justice du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation), ou par reconnaissance, ou par un jugement étranger établissant la filiation qui aura fait l'objet d'une vérification d'opposabilité par le parquet de Nantes ;

> le père doit être de nationalité française ;

> les autres conditions de l'article 47 du code civil sont remplies.

* en présence de l'indication de deux pères dans l'acte de naissance étranger, il pourra être procédé à la transcription partielle seulement si la filiation est établie à l'égard du seul père de nationalité française et que sa paternité n'est pas contestée.

Dans la consultation qu'elle a transmise dans le cadre du présent Avis, figurant en annexe, la DACS indique : « *En conséquence, si la filiation est établie à l'égard des deux pères sans qu'il ne soit possible d'identifier le père biologique, la transcription même partielle de l'acte étranger est impossible en raison d'un conflit de filiation paternelle. Le droit français de la filiation n'admet pas, hors filiation adoptive ou dispositif légal particulier (la reconnaissance conjointe anticipée pour les couples de femmes ayant recours à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur), une double filiation paternelle* ».

Ainsi, et pour résumer, dès lors que la filiation à l'égard d'un père français est établie et que l'acte étranger répond aux conditions de l'article 47 nouveau du code civil, l'acte de naissance étranger d'un enfant issu d'une GPA réalisée à l'étranger fait l'objet d'une transcription dans les registres de l'état civil français totale, si la mère indiquée est la mère qui a accouché, ou partielle, si le second parent est la mère d'intention ou un second père, selon les critères dégagés par le nouvel article 47 du code civil.

Le parent d'intention dont l'état civil ne peut figurer sur l'acte de naissance transcrit en application des critères de l'article 47 du code civil relatifs à la transcription partielle de l'acte étranger peut, sous certaines conditions, adopter l'enfant de son conjoint, partenaire ou concubin. En l'espèce, il y a une difficulté puisque l'enfant n'est rattaché à aucun père.

c) Cette modification de l'article 47 du code civil n'apparaît pas s'appliquer aux jugements dont l'exequatur est demandée puisque ce texte ne vise que les actes d'état civil étrangers en fixant les conditions qu'ils se doivent de remplir pour être opposables en France. Or, l'Instruction générale du 11 mai 1999 relative à l'état civil rappelle, en son paragraphe 486-3, que, « *par « acte de l'état civil », l'art. 47 entend « tout acte qui répond à cette qualification d'après le droit français », de sorte qu'« il ne concerne que les actes de l'état civil au sens strict (naissance, reconnaissance, mariage, décès) » et « n'est donc pas applicable à des actes qui, en France, ne doivent pas figurer sur les registres de l'état civil [...], ni aux décisions ayant une incidence sur l'état civil des intéressés, telles que divorce, adoption quelle qu'en soit la nature (simple ou plénière), légitimation après mariage, décisions supplétives ou*

rectificatives d'actes de l'état civil », lesquelles « sont régies par des règles spéciales, quand bien même elles revêtaient, d'après le droit local, la forme de simples actes de l'état civil ».

Cette interprétation apparaît répondre à celle retenue par la première chambre civile⁶⁸, selon laquelle *« l'acte de l'état civil est un écrit dans lequel l'autorité publique constate, d'une manière authentique, un événement dont dépend l'état d'une ou de plusieurs personnes ».*

Un jugement étranger ne peut donc être regardé comme un acte de l'état civil étranger de sorte que, par voie de conséquence, la reconnaissance du caractère exécutoire d'un jugement étranger établissant une filiation ne dépend pas du respect des dispositions de l'article 47 du code civil, mais relève exclusivement de celles de l'article 509 du code de procédure civile et, hors convention internationale, des conditions fixées par la Cour de cassation à l'appui de sa décision Cornelissen (1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 05-14.082).

La Cour de cassation l'a d'ailleurs implicitement reconnu lorsqu'elle a jugé⁶⁹ qu'*« un acte de naissance dressé en exécution d'une décision de justice [était] indissociable de celle-ci, dont l'efficacité, même si elle exist[ait] de plein droit, rest[ait] toujours subordonnée à sa propre régularité internationale ».*

Dans un arrêt du 28 mars 2023⁷⁰, la cour d'appel de Paris a jugé dans ce sens que l'article 47 du code civil *« (portait) sur la force probante des actes d'état civil étrangers et, le cas échéant, sur leur transcription sur les registres d'état civil français ».*

Elle en a déduit que, lorsque *« la cour (n'était) pas saisie à la suite d'un refus de transcription des actes de naissance des enfants mais d'une demande d'exequatur d'un jugement américain et de la détermination de ses effets en France »*, même si l'article 47, *« dans sa nouvelle rédaction, (empêchait) la transcription de la filiation établie simultanément à l'étranger à l'égard de deux pères en dehors de l'adoption, celle-ci n'étant pas conforme à la réalité au regard de la loi française, il ne (pouvait) être invoqué dans le cadre d'une demande d'exequatur d'un jugement étranger et de la détermination de ses effets en France ».*

En pratique aujourd'hui, force est de constater que certains parents d'intention, lorsqu'ils disposent d'un jugement étranger d'établissement de filiation privilégient la voie de l'exequatur pour obtenir la reconnaissance de leur lien de filiation, mais aussi des effets souhaités par eux) bien qu'en général ils disposent d'un acte de naissance établi dans le pays de naissance de l'enfant. Cet acte peut avoir été établi soit directement à la naissance de l'enfant, soit à la suite d'un jugement étranger qui

⁶⁸ 1^{re} Civ., 14 juin 1983, pourvoi n° 82-13.247

⁶⁹ 1^{re} Civ., 3 novembre 2021, pourvoi n° 20-50.005, D. 2022.915, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke, RTD civ. 2022.103, obs. A-M. Leroyer

⁷⁰ CA Paris, 28 mars 2023, RG 21/08541

désigne les deux parents dits d'intention comme parents légaux. Par voie de conséquence, plusieurs voies sont ensuite ouvertes aux français qui recourent à une GPA à l'étranger :

1) Ils peuvent solliciter directement la transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français ou la reconnaissance du jugement étranger, *via* les postes consulaires ou le service central d'état civil.

2) Ils peuvent ne faire procéder qu'à une transcription partielle au profit du seul père français, à la condition que la filiation du père français soit établie, dans les hypothèses de couples homme-femme ou de couple d'hommes, sous réserve de l'accord en ce sens des intéressés.

3) Ils peuvent engager une procédure d'exequatur du jugement étranger, bien que celle-ci ne soit en principe pas nécessaire ainsi que nous l'avons précédemment exposé. Nous devons donc nous interroger sur les motifs de cette procédure qui est celle utilisée dans les trois pourvois dont notre chambre est saisie, dans des situations dans lesquelles, compte tenu de la rédaction nouvelle de l'article 47, la transcription n'aurait pas été possible car le lien biologique avec au moins un des deux parents n'est pas établi.

Il n'est pas sans intérêt de relever que les décisions d'adoption prononcées à l'étranger font l'objet, en pratique, soit d'une vérification d'opposabilité du procureur de la République de Nantes soit d'un exequatur.

Il est donc légitime de se demander, à l'occasion des présents pourvois et de l'ensemble des saisines des juges du fond, si en réalité des stratégies ne se sont pas mises en place pour contourner les difficultés liées à la transcription des actes.

Avis

La Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur les questions posées dans le cadre des pourvois interjetés par le procureur général de la cour d'appel de Paris dont la première chambre est saisie à propos des conditions de l'exequatur de jugements étrangers établissant la filiation de deux parents d'intention à l'égard d'un enfant issu d'une GPA, et ici spécifiquement de leurs effets puisque, en l'absence d'appel du parquet, les arrêts attaqués ne portaient que sur l'appel limité des requérants au rejet de leurs demandes tendant à voir dire que les jugements auraient les effets d'une adoption plénière.

Notre chambre est également saisie d'un troisième pourvoi engagé par des parents d'intention, venant à la même audience. ***Les trois arrêts attaqués ont en commun de concerner des situations dans lesquelles l'identification, parmi les parents d'intention, du parent biologique n'est pas possible au regard des éléments produits devant les juges de l'exequatur. Par ailleurs, deux de ces jugements***

sont des décisions anténatales, c'est-à-dire rendues avant la naissance de l'enfant. C'est le cas en l'espèce.

Les enjeux de ces pourvois sont essentiels puisque, en l'état du droit positif tel que rappelé précédemment, nous savons d'une part, que la France prohibe la GPA mais accepte la transcription des actes de naissance des enfants nés dans le cadre de GPA réalisées à l'étranger dans les conditions de l'article 47 du code civil désormais modifié par la loi de bioéthique du 2 août 2021 et d'autre part, qu'en matière d'état des personnes les décisions étrangères se trouvent immédiatement reconnues dès lors qu'elles remplissent les conditions de régularité internationale, avant même que leur régularité ait été vérifiée.

Or, ainsi que le démontrent les trois pourvois, les couples d'hommes qui ont eu recours à la GPA aux Etats-Unis ou au Canada et ont obtenu des décisions établissant les liens de filiation entre eux et les enfants qui sont issus de la GPA, ont choisi d'engager une procédure d'exequatur en saisissant le juge judiciaire dans un double objectif figurant dans leurs assignations : voir reconnaître les décisions étrangères dans l'ordre interne français et voir dire qu'elles auront les effets d'un jugement d'adoption plénière.

Dans ce contexte, qui n'est pas isolé puisque l'étude de l'AJ famille de 2023 montre que de nombreux juges du fond ont été saisis de telles demandes et y ont répondu de manière variable⁷¹, il nous revient de poser le plus exactement possible les termes du débat, tout en appréciant l'exacte mesure de la portée des décisions que devra prendre notre chambre. Sans éluder la question de savoir si ces jugements, qui ne sont pas des jugements d'adoption mais des jugements d'établissement de filiation, pouvaient vraiment être déclarés exécutoires en France.

En effet, quand bien même les présents pourvois du procureur général de la cour d'appel de Paris ne portent pas sur cette question puisque, en l'absence d'appel du parquet contre les jugements de première instance, notre chambre n'en est pas saisie, nous devons nous interroger sur l'accueil de telles décisions dans notre ordre juridique au regard du contenu de l'ordre public international subsistant aujourd'hui, du périmètre du contrôle du juge de l'exequatur et de son office. Si l'ordre public international avait été écarté à l'occasion des débats sur la transcription des actes d'état civil étrangers, avant la modification de l'article 47 du code civil, en revanche le contrôle de la régularité internationale de jugements établissant la filiation d'enfants nés à l'étranger de GPA demeure juridiquement fondé, surtout lorsque, comme en l'espèce, le lien de filiation biologique de l'enfant avec au moins l'un des deux parents d'intention n'est pas établi, critère posé par la loi française et non remis en cause par la jurisprudence de la CEDH, ainsi que nous le démontrerons.

En outre, et c'est l'objet des deux pourvois engagés par le procureur général de la cour d'appel de Paris sur des moyens identiques, il nous appartiendra de nous interroger sur la possibilité pour le juge de l'exequatur de faire produire à un

⁷¹ L. Brunet et M. Mesnil, « *GPA et exequatur* », Dossier spécial, AJ Fam. 13 juillet 2023, p. 364 et s.

jugement établissant la filiation d'enfants nés à l'étranger de GPA les effets d'une adoption plénière alors même qu'il ne s'agit pas de jugements d'adoption et que, de surcroît, des règles strictes encadrent l'adoption internationale, c'est à dire l'adoption par des nationaux d'un enfant à l'étranger.

1. Un nécessaire retour sur le contrôle de la conformité de la décision étrangère à l'ordre public international.

Ainsi que nous l'avons précédemment rappelé (*supra*, p.13-14), pour produire effet en France, une décision étrangère doit satisfaire à trois conditions de régularité : la compétence du juge étranger, la conformité de la décision à l'ordre public international français et l'absence de fraude. Lorsqu'il existe une convention internationale ou un règlement européen, les conditions peuvent être plus strictes, ou plus libérales, mais, dans tous les cas, la compatibilité de la décision à l'ordre public international est contrôlée. Si la légitimité de ce contrôle ne fait aucun doute, sa mise en oeuvre soulève, en revanche, des difficultés tant sur le contenu de l'ordre public international que sur les pouvoirs du juge chargé de contrôler la conformité du jugement à cet ordre public international.

Nous ne nous attarderons, dans le cadre de l'étude des pourvois dont nous sommes saisis, que sur le contrôle de la conformité de la décision à l'ordre public international puisque la fraude n'est pas invoquée. Précisons sur cette dernière question que, sur le plan du droit international privé, pour qu'une fraude existe, il faut que les parties aient modifié le point de rattachement artificiellement afin d'obtenir une décision leur étant favorable. Le fait de recourir à l'étranger à une GPA interdite en France ne constitue pas, en soi, une fraude : il n'y a aucune manipulation de la règle de rattachement dès lors que les parents d'intention ont conclu une convention dans un pays étranger, autorisée selon le droit local, avec une ressortissante ou du moins une personne résidant habituellement dans cet État, en vue d'un processus procréatif qui s'y déroulera et qui y sera finalisé par une décision judiciaire. En conséquence, du point de vue du critère de la fraude, dès lors que les conditions de régularité sont remplies, la décision étrangère sera déclarée exécutoire en France (C. pr. exéc., art. L. 111-3, 2°) et un acte de naissance français pourra en conséquence être dressé pour l'enfant conforme à son acte de naissance étranger.

Le contrôle de la conformité à l'ordre public international de la décision étrangère se déroule à un double niveau : le fond et la procédure. Le contrôle de la conformité de la procédure suivie devant la juridiction étrangère au regard de nos principes fondamentaux de procédure (respect de la contradiction, des droits de la défense et impartialité du juge) intéresse le troisième pourvoi puisque l'arrêt attaqué a retenu la contrariété de la décision étrangère à l'ordre public international de procédure pour absence de motivation. Le contrôle de l'ordre public international de fond intéresse l'ensemble des trois pourvois - et donc le pourvoi engagé ici - au regard, en particulier, de l'office attendu du juge de l'exequatur.

1.1. Le contenu de l'ordre public international français

L'ordre public international français contribue à la cohésion de l'ordre juridique français à travers la protection de ses principes les plus absolus. S'il est impossible d'en donner une définition incontestable puisqu'il ne représente pas un consensus pour l'ensemble des Etats⁷², il appartient au juge ou de façon générale aux autorités du for chargées d'appliquer le droit de le prendre en compte et de l'interpréter puisqu'il est en général admis qu'un ordre juridique ne peut pas envisager une application inconditionnelle soit des lois étrangères soit des effets qu'elles produisent dans l'ordre interne. Cependant, poursuivant des finalités différentes, l'ordre public international et l'ordre public interne ne se confondent pas, le premier ayant un contenu plus restreint que l'ordre public interne : alors que l'ordre public interne tend à organiser la vie en société des individus au moyen de règles impératives, ***l'ordre public international tend à empêcher que des situations créées à l'étranger ne viennent perturber les fondements de la société du for.*** Il n'y a donc pas lieu de transposer sans nuances l'ordre public interne à l'ordre public international. Cependant, l'ordre public interne constitue nécessairement une inspiration essentielle pour déterminer le contenu de l'ordre public international puisqu'il contient des règles spécifiques qui sont propres à sa culture, à son histoire. Un certain nombre de règles impératives et indisponibles aux accords contractuels y entrent nécessairement, alors que d'autres, qui ne présentent pas une importance majeure puisqu'il est possible d'y déroger, n'y entrent pas et ne peuvent donc pas être considérées comme étant d'ordre public international.

La Cour de cassation considère que l'ordre public international est constitué des *« principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »* (1^{re} Civ., 25 mai 1948, Lautour)⁷³.

En matière d'état des personnes et de filiation plus particulièrement, nous pouvons sans doute considérer que leur indisponibilité et l'organisation interne du droit de la famille, distinguant la filiation adoptive et la filiation non adoptive en posant des règles précises sur l'établissement et la contestation de la filiation, même si elles doivent évoluer encore pour être plus cohérentes (v. *supra*, p. 16 à 22), repose sur un rattachement de principe de distinction entre la filiation biologique et non biologique. Elle pose en outre un interdit qu'elle sanctionne pénalement tant au regard de l'indisponibilité du corps humain que de la GPA elle-même en tant que telle. Elle encadre par ailleurs rigoureusement l'adoption et plus particulièrement encore l'adoption internationale. Cet ensemble de principes du système juridique français, considérés jusqu'à présent comme impérieux par le législateur lui-même à chaque fois qu'il est entré en voie de réforme, ne peut être écarté au seul motif d'une volonté souveraine d'adultes en désir d'enfants partis chercher ailleurs ce que l'ordre interne prohibe

⁷² G. de Geouffre de la Pradelle et M.-L. Niboyet, Droit international privé, LGDJ, 2007 ; T. Vignal, Droit international privé, Dalloz, 1017

⁷³ 1^{re} Civ., 25 mai 1948, Lautour, D. 1948. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; Rev. crit. DIP 1949. 89, note Batiffol ; JDI 1949. 38 ; S. 1949. 1. 21, note Niboyet ; JCP 1948. II. 4542, note Vasseur ; GA, n° 19

1.2. L'ordre public international et les effets d'une GPA pratiquée à l'étranger.

Cette conception de l'ordre public international a été remise en cause à propos de la GPA. **Les décisions Mennesson et Labassée de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ont conduit à une évolution en profondeur du régime de la reconnaissance des effets d'une GPA pratiquée à l'étranger**⁷⁴. Lors de ses décisions du 26 juin 2014, la CEDH avait relevé que le refus de transcription opposé au père biologique de l'enfant, qui était désigné dans l'acte étranger comme le père de l'enfant, « *prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt de l'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* » (§ 100). **La CEDH s'était bornée à constater une violation au droit à la vie privée de l'enfant au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de l'enfant, sans aucunement juger que le refus de transcription aurait constitué une violation du droit à la vie privée des parents ou à leur droit de mener une vie familiale normale.**

Pour sa part, **la Cour de cassation** a fait évoluer sa jurisprudence pour assurer la conventionnalité du refus de transcription opposé à la mère d'intention avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en mettant en balance les principes essentiels de droit français avec ce texte. En effectuant un contrôle sur les effets et la compatibilité de l'annulation de la transcription des actes de naissance étrangers des enfants sur le droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, la Cour de cassation est ainsi revenue sur sa position antérieure⁷⁵ et a permis l'ouverture de l'adoption à l'égard, à l'époque⁷⁶, du conjoint du père biologique, ou de la mère d'intention suivant les cas, lorsque les conditions de l'adoption sont réunies.

Faut-il, à l'occasion de demandes d'exequatur de jugements portant reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une convention de GPA dans un Etat étranger, dans lequel la pratique peut être légale, ouvrir largement

⁷⁴ CEDH, Mennesson c/ France, 26 juin 2014, n° 65192/11 ; v. également CEDH, Labassée c/ France, n° 65941/11 ; Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, pourvois n° 15-50.002 et n° 14-21.323 ; 1^{ère} Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 16-16.901 et n° 16-50.025 ; Cass. Ass. Plén., 4 octobre 2019, pourvoi n° 10-19.053)

⁷⁵ 1^{re} Civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, n° 09-66.486 et n° 09-17.130, D. 2011. 1522 , note D. Berthiau et L. Brunet, 1001, édito. F. Rome, 1064, entretien X. Labbée, 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, 1995, obs. A. Gouttenoire, 2012. 308, obs. J.-C. Galloux, 1033, obs. M. Douchy-Oudot, et 1228, obs. F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2011. 262, obs. F. Chénédé, 265, obs. B. Haftel, et 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

⁷⁶ L'ordonnance n° 2022-1292 du 7 octobre 2022 a modifié notamment l'article 343 du code civil et ouvert l'adoption aux partenaires de pacs et aux concubins

l'entrée dans notre ordre interne de situations dans lesquelles aucun lien biologique n'est établi ni vérifiable ?

Certains auteurs le suggèrent clairement, et en particulier L. Brunet et M. Mesnil⁷⁷. S'appuyant sur les pratiques observées de juges du fond depuis 2016, elles invitent «à se libérer des supposées catégories du droit français (parenté biologique vs. parenté d'intention) et à, enfin, affirmer - comme l'a fait en partie le législateur à propos de l'AMP - que c'est le projet parental qui prime, indépendamment de la contribution biologique du parent à la conception de l'enfant. Ce serait aussi pour la Cour de cassation une façon de renouer avec la faveur pour la reconnaissance de la parenté après GPA dont elle avait témoignée en permettant la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger en 2019 et à laquelle le législateur a mis un coup d'arrêt en 2021. En matière de gestation pour autrui, tous les parents sont des parents d'intention et, au même titre, pas seulement celui qui a fourni ses gamètes. »

Nous ne le pensons pas, d'autant que la jurisprudence de la CEDH ne l'exige pas. Il convient en effet de relever que, dans son Avis consultatif du 10 avril 2019 fondé sur le protocole 16⁷⁸, la Cour a laissé aux Etats une marge d'appréciation importante pour déterminer quelle est la voie procédurale la plus adaptée pour reconnaître les liens de filiation d'un enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger lorsqu'il s'agit du parent qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant et pour apprécier si cette reconnaissance est justifiée au regard des circonstances particulières de l'espèce, dès lors que les autorités permettent le maintien de la « *vie familiale* ».

La CEDH a précisé ce que la Convention européenne des droits de l'homme exige :

1) le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée en l'espèce dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « *mère légale* », au plus tard lorsqu'un tel lien « *s'est concrétisé* » ;

2) le droit au respect de la vie privée de l'enfant n'exige pas qu'une telle reconnaissance doive nécessairement passer par la transcription des mentions apposées sur l'acte sur les registres de l'état civil. Cette reconnaissance peut par exemple se faire par une autre voie telle que l'adoption. Ce qui importe c'est que le droit interne garantisse « *l'effectivité et la célérité de sa mise en oeuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

Dans deux autres arrêts (Paradiso et Campanelli c/ Italie⁷⁹ et Valdis Fjölfnisdóttir et autres c/ Irlande⁸⁰), la CEDH a d'une part précisé la notion de concrétisation du lien

⁷⁷ V. L. Brunet, « *GPA et exequatur* », Dossier spécial, AJ Fam. 13 juillet 2023, p. 364 et s.

⁷⁸ CEDH, Avis consultatif, 10 avril 2019, n° P 16-2018-001, p. 2

⁷⁹ CEDH, Paradiso et Campanelli c/ Italie, 27 janvier 2017, n° 25358/12

et d'autre part, et surtout, fait apparaître qu'elle n'exige pas la transcription lorsque les parents d'intention sont dépourvus de liens de filiation avec l'enfant. Dans sa décision *Valdis Fjölfnisdóttir*, après avoir conclu à l'existence d'une vie familiale entre l'enfant et un couple de femmes dépourvu de tout lien biologique avec lui, la Cour a jugé que le refus des autorités irlandaises d'inscrire les mères d'intention comme parents sur les registres de l'état civil n'avait pas conduit à une violation de l'article 8, l'Etat ayant pris par ailleurs des mesures permettant à l'enfant de demeurer avec le couple, ce dernier bénéficiant également de la possibilité d'adopter l'enfant.

Dans les autres décisions qu'elle a prises en faisant application des critères de concrétisation du lien et de célérité, la CEDH, c'est le lien à l'égard du parent biologique qui était en cause⁸¹.

De cette analyse, et de décisions plus récentes de notre chambre⁸², nous pouvons à notre avis déduire que l'ordre public international contemporain prend en compte, dans les « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* », un certain nombre de principes dont il reconnaît la valeur substantielle, indépendamment de leur source puisque la source supranationale d'un principe est indifférente⁸³. Ainsi en est-il des droits fondamentaux garantis par des textes internationaux, dont la Convention européenne des droits de l'homme, que les États contractants se sont engagés à garantir à toute personne relevant de leur juridiction. Certes les États ne se sont pas engagés à les intégrer dans leur ordre public international, mais pour assurer la protection de ces droits garantis, le juge de l'exequatur les prend en compte dans son approche de l'ordre public international pour en contrôler la mise en oeuvre. Il en est ainsi du principe d'égalité des époux garanti par l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 du 22 novembre 1984⁸⁴, du droit au procès équitable garanti par l'article 6, §1, de la Convention européenne⁸⁵, sur le respect desquels il exerce son contrôle pour, le cas échéant, rejeter des décisions étrangères.

Dans un arrêt du 15 janvier 2020 précité, notre chambre paraît également l'avoir fait, au visa de l'article 8 à propos de l'exequatur d'un jugement d'adoption au Cameroun, en affirmant que « *l'ordre public international français (...) inclut les droits reconnus*

⁸⁰ CEDH, *Valdis Fjölfnisdóttir et autres c/ Irlande*, 18 mai 2021, n° 71552/17

⁸¹ Par ex. CEDH, *D. C/ France*, 16 juillet 2020, n° 11288/18 ; *AL c/ France*, 7 avril 2022, n° 13344/20

⁸² 1^{re} Civ. 15 janvier 2020 pourvoi n° 18-24.261

⁸³ P. Mayer, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, Rev. crit. DIP 1991. 651, spéc. 664 ; v. aussi P. Mayer, v. Heuzé et B. Rémy, *Droit international privé*, LGDJ, 12^e éd., 2019, p. 154, n° 208.

⁸⁴ 1^{re} Civ., 17 févr. 2004, n° 01-11.549 et n° 02-11.618, D. 2004. 824, concl. F. Cavarroc, 815, chron. P. Courbe, et 2005. 1192, obs. H. Chanteloup ; AJ fam. 2004. 140, obs. S. David ; Rev. crit. DIP 2004. 423, note P. Hammje ; RTD civ. 2004. 367, obs. J.-P. Marguénaud

⁸⁵ Par ex. 1^{re} Civ., 16 mars 1999, n° 97-17.598, *Pordea*, D. 1999. 101 ; Rev. crit. DIP 2000. 181, étude G. A. L. Droz ; RTD civ. 1999. 469, obs. R. Perrot, et 2000. 944, obs. J. Raynard ; JDI 1999. 774, note A. Huet.

par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction ».

L'exercice est évidemment complexe car l'objectif traditionnel de l'ordre public international est la défense de la cohésion du for, alors que les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme en particulier, malgré sa vocation universelle, sont revendiqués au soutien de la défense d'intérêts particuliers. Ainsi que le relève un auteur⁸⁶, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a ainsi pu être utilisé pour assurer une continuité de traitement des relations privées internationales au détriment de l'ordre public de l'État contractant saisi de la reconnaissance de la situation créée à l'étranger⁸⁷. La revendication individuelle du respect des droits fondamentaux obéit en effet à une logique absolutiste qui conduit à « *donner leur plein effet* »⁸⁸ aux droits garantis par la Convention européenne. Et c'est bien là sans doute que se situe le rôle essentiel du contrôle du juge qui doit, en mettant en oeuvre *in concreto* les principes, apprécier au cas par cas la régularité internationale de la décision étrangère au regard de l'ordre public dans sa composante de protection et de défense de la cohésion du for et, lorsqu'un droit fondamental est atteint, si l'atteinte peut être jugée nécessaire et proportionnée au regard de l'intérêt public ou de l'intérêt privé⁸⁹.

En matière d'exequatur de jugements étrangers établissant une filiation dans le cadre d'une GPA, et sans doute aussi dans les procréations médicales assistées avec tiers donneur, l'enjeu est d'autant plus essentiel, lorsque les parents d'intention sont dépourvus de liens biologiques avec l'enfant, que de telles pratiques peuvent venir percuter un nombre croissant de trafics, notamment de gamètes, y compris dans les pays qui les autorisent sans toujours les contrôler au motif du respect de la liberté commerciale (v. *supra* p. 9 à 11). Les possibles incriminations pénales ne doivent pas être masquées, comme ne doivent pas être occultés les risques de contournements des protections spécifiques accordées par les outils internationaux que sont, en particulier, les Conventions internationales propres aux adoptions internationales (Convention de La Haye du 29 mai 1993) ou encore à la traite (not. directive 2011/36/UE précitée).

2. Un office du juge de l'exequatur qui doit s'exercer dans le contrôle de l'ordre public international

⁸⁶ J. Guillaumé, « *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'ordre public international français* », D. 2020.699

⁸⁷ Not., en matière d'adoption, CEDH 3 mai 2011, n° 56759/08, *Negrepontis c/ Grèce*, D. 2012. 1228, obs. F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2011. 817, étude P. Kinsch

⁸⁸ M. Farge, *L'universalité des droits de l'homme au prisme du droit international privé des personnes et de la famille*, RDLF 2017. Chron. 29.

⁸⁹ S. Greer, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 15, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997.

Lorsqu'une partie réclame le contrôle de régularité d'une décision étrangère, il est admis que le juge saisi doit procéder au contrôle. Ce contrôle est essentiel mais se complique nécessairement lorsque, comme dans les espèces dont nous sommes saisis, les parties n'argumentent pas sur la régularité du jugement étranger ou lorsque l'argumentation ne porte que sur une partie des conditions de régularité sans les envisager toutes. Le juge doit-il alors d'office contrôler toutes les conditions de régularité internationale, même celles qui ne sont pas invoquées ? La question reçoit, selon la doctrine, une réponse incertaine⁹⁰ puisque, à suivre la jurisprudence de notre chambre, l'office du juge de l'exequatur varie suivant la nature de l'affaire :

* dans les matières indisponibles, le juge contrôle, au besoin d'office, l'ensemble des conditions de régularité du jugement étranger⁹¹ ;

* *a contrario*, dans les matières disponibles, le juge n'est pas tenu de contrôler la régularité internationale de la décision. Ainsi, dans les matières disponibles et dans le silence des parties, le juge devrait tenir la régularité pour acquise⁹².

Certains auteurs réservent toutefois l'hypothèse du contrôle de la conformité précisément à l'ordre public international en considérant que, indépendamment du caractère disponible de la matière, le juge de l'exequatur devrait toujours s'assurer que l'intégration du jugement dans l'ordre juridique du for ne porte pas atteinte à l'ordre public international.

L'arrêt précité de notre chambre (*supra*, p. 32) du 15 janvier 2020 semble aller dans ce sens en affirmant que « *le juge de l'exequatur doit d'office vérifier et constater (...) que la décision étrangère ne contient rien de contraire à l'ordre public international français* ». En la cause, il s'agissait d'un pourvoi en matière d'adoption, matière indisponible, mais la généralité de la formule pourrait permettre de considérer que le contrôle de la conformité de la décision à l'ordre public international s'impose indépendamment des moyens présentés et de la nature de l'affaire.

Tout dépend en réalité des pouvoirs dont dispose le juge pour procéder au contrôle de régularité et, en particulier, de la portée reconnue à l'interdiction de la révision au fond⁹³, selon laquelle le juge de l'exequatur ne peut vérifier ni en fait ni en droit le jugement étranger : il doit se contenter d'apprécier la régularité de la décision en considération des conditions de régularité internationale, notamment la conformité de la décision à l'ordre public international.

⁹⁰ M.-L. Niboyet et L. Sinopoli, L'exequatur des jugements étrangers en France, Gaz. Pal. 2004, n° 169, p. 4 s., spéc. p. 25.

⁹¹ 1^{re} Civ., 4 juill. 2006, n° 04-17.590, *Enfant Viola*, D. 2007. 1751, obs. F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2007. 413

⁹² Civ. 3 juin 1969, *Vve Kolin*, Rev. crit. DIP 1971. 743, note D. Holleaux

⁹³ Civ. 7 janv. 1964, *Munzer*, JDI 1964. 302, note Goldman ; Rev. crit. DIP 1964. 344, note Batiffol ; JCP 1964. II. 13590, note M. Ancel ; B. Ancel et Y. Lequette, GAJFDIP, n° 41

Nous devons alors nécessairement nous demander comment le juge de l'exequatur pourrait véritablement apprécier les conditions de la régularité internationale et assurer l'équilibre entre l'interdiction de révision au fond et la protection de l'ordre public international s'il ne peut ni prendre en compte les éléments extrinsèques au jugement étranger⁹⁴ ni examiner les questions de fait et de droit sur lesquels le juge étranger s'est prononcé.

Un auteur s'interrogeait déjà en ces termes lors d'une séance au Comité français de droit international privé en 1980 : « *si le juge français doit non seulement croire aveuglément le juge étranger, mais encore se contenter de ce qu'énonce ce juge, le contrôle de la régularité internationale sera carrément impossible* »⁹⁵. D'autres s'interrogent encore très récemment sous l'angle de l'adoption⁹⁶.

La doctrine s'accorde généralement pour considérer que la prohibition de la révision au fond n'empêche pas la révision à fin de contrôle. Il n'y a là rien de contraire à l'interdiction de la révision au fond car il ne s'agit pas de juger à nouveau l'affaire. Il s'agit simplement de s'assurer de la régularité des décisions étrangères. À défaut d'une révision à fin de contrôle, le contrôle de la conformité à l'ordre public international serait nécessairement superficiel et, partant, peu efficace⁹⁷. Autrement dit, pour reprendre la position de la doctrine citée, l'interdiction de la révision au fond signifierait que « *toutes les appréciations de fait et applications de droit qui ont permis de trancher le litige dans son aspect matériel sont exclues de l'examen* » ; mais la possibilité d'une révision à fin de contrôle signifierait que « *cette exclusion n'atteint pas les faits eux-mêmes ni le droit, en tant qu'ils ont contribué à la résolution des questions d'ordre international couvertes par l'énumération des conditions de régularité* ».

Se pose alors la question de l'étendue de la révision à fin de contrôle. Depuis la suppression, en droit commun, du contrôle de la loi appliquée par le juge étranger, la conformité à l'ordre public substantiel est devenue la seule condition permettant de contrôler la substance du jugement étranger. La prise en compte de l'éloignement de la situation avec la France au moment de sa création assure déjà un accueil facilité à la décision étrangère grâce à l'ordre public atténué. L'intégration ou la prise en compte des droits de la Convention européenne au sein de l'ordre public

⁹⁴ 1^{re} Civ., 27 janv. 1971, Rev. crit. DIP 1972. 100, note E. Schaeffer

⁹⁵ D. Holleaux, Les conséquences de la prohibition de la révision, Travaux du Comité français de droit international privé, 1980-1981, p. 53, spéc. 58

⁹⁶ C. Mathieu-Varennnes et P. Rousseau, « *Adoption à l'étranger : que reste-t-il de l'ordre international français ?* », contra A. Boiché, « *La non-application de l'art. 370 al. 3, c. civ. à la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger est parfaitement justifiée* », AJ fam. Mai 2024, p. 298 à 303

⁹⁷ D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de La Pradelle, Droit international privé, Masson, 1987, p. 446, n° 982, et p. 476 s., n° 1055 s. ; V. aussi P.-Y. Gautier, La contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère, échec à sa reconnaissance ou son *exequatur*, in Mélanges H. Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, p. 437, spéc. p. 442 et 443 ; P. de Vareilles-Sommières, v° Jugements étrangers (Matières civile et commerciale), Rép. internat. Dalloz, 2016, n° 196

international va, sans nul doute, faciliter encore l'accueil des décisions étrangères en faisant prévaloir les intérêts particuliers des parties sur les valeurs d'intérêt général qui composent traditionnellement l'ordre public international. ***Il est donc impératif que le juge de l'exequatur conserve un réel pouvoir de contrôle sur la conformité de la décision étrangère et, à cette fin, qu'il puisse opérer une révision à fin de contrôle, même en tenant compte d'éléments extérieurs au jugement.***

En l'espèce, selon nous, le contrôle qu'auraient dû effectuer les juges du fond devait conduire à considérer que la décision rendue par la juridiction américaine était contraire à l'ordre public international français de fond parce que, en présence de deux parents d'intention dont aucun ne justifiait de lien biologique avec l'enfant, la décision consacrait de manière concrète une situation incompatible avec les principes de droit français considérés comme essentiels, en ce incluses les conventions internationales et la Convention européenne des droits de l'homme.

3. Une interprétation des effets du jugement établissant la filiation d'enfants nés à l'étranger de GPA qui doit demeurer stricte, en particulier lorsque les liens biologiques de l'enfant avec les « *parents d'intention* » ne sont pas justifiés.

La question essentielle posée par le pourvoi est de prévoir les conséquences dans l'ordre juridique français de la décision étrangère, c'est-à-dire de résoudre ici la contradiction entre l'exequatur accordée par les juges du fond et la question des effets de cette décision, en tenant compte tout à la fois de l'interdiction de procéder à sa révision, des effets produits sur les fondements de la société du for, de la réalité des risques de trafic et de contournement des protections accordées dans les procédures d'adoption, et enfin des positions de la CEDH sur la non-atteinte au respect de la vie familiale et à la vie privée de l'enfant (v. *supra*, p. 18 à 21).

En l'espèce, pour dire que le jugement rendu le 5 juin 2019 par la cour supérieure de l'Etat de Californie pour le comté de [Localité 3] (Etats-Unis), produira en France les effets d'une adoption plénière, l'arrêt attaqué retient quatre éléments principaux :

- l'établissement de la filiation paternelle à l'égard de deux hommes est possible par la voie de l'adoption, aucun des deux n'étant le père biologique ou l'un étant le conjoint du parent biologique, de sorte que MM. [N] et [P] pourraient en droit français solliciter l'adoption d'un enfant et pourraient voir reconnaître en France une adoption réalisée à l'étranger ;
- il n'appartient pas à la cour d'appel de vérifier si les conditions de l'adoption en droit français sont remplies ;
- dès lors que le jugement ne donne aucun élément permettant de savoir qui de MM. [N] et [P] est le parent biologique de l'enfant à naître, et si même l'un d'eux est parent biologique, il ne peut être retenu sans procéder à une révision du jugement que l'un est le parent biologique et l'autre le parent d'intention :

- l'article 47 nouveau du code civil n'est applicable qu'à la transcription des actes étrangers et non à la détermination des effets en France d'un jugement étranger et ne peut être opposé aux requérants.

La cour d'appel en déduit que la demande de MM. [N] et [P] conduit « *à admettre sur le territoire français une double filiation paternelle établie par la voie de l'adoption plénière, ce qui ne porte pas atteinte aux principes essentiels du droit français, une telle adoption par deux hommes étant possible.*

De surcroît, en admettant que la décision américaine produit en France les effets d'une adoption plénière, (la CEDH) fait primer le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, invoqué par les appelants, qui requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et le père d'intention, désigné dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant le « père légal » Avis CEDH, 10-04-2019, n° P 16-2018-001 ».

Cette motivation est critiquable en ce que, dans l'analyse des effets produits par la situation créée à l'étranger dans le for, la cour d'appel a considéré, selon nous à tort, que la double filiation paternelle établie par le jugement californien à l'égard de deux hommes, sans qu'il soit possible de savoir si l'un d'eux est le parent biologique de l'enfant, entraînait les effets d'une adoption plénière alors que cette conséquence porte atteinte aux principes essentiels du droit français tels que rappelés précédemment (v. *supra*, p. 16 à 22 et 30-31). Elle adopte en outre une lecture de l'intérêt de l'enfant et de l'Avis de la CEDH du 10 avril 2019 qui nous apparaît erronée (v. *supra*, p. 21-22 et p. 31 à 35).

Le choix délibéré de recourir à la procédure d'exequatur des jugements américains établissant la filiation des deux parents d'intention français d'un enfant à naître d'une convention de GPA, et non à une demande de transcription de l'acte de naissance obtenu avec les jugements étrangers, relevait très probablement d'une stratégie. Les objectifs étaient non seulement de contourner la difficulté liée à l'impossibilité d'obtenir une transcription intégrale ou partielle, compte tenu de l'absence de lien biologique avec au moins l'un des parents d'intention et des critères de l'article 47 du code civil nouveau, mais aussi et surtout de faire directement produire de très larges effets aux décisions étrangères, le cas échéant au-delà de ce qu'elles avaient elles-mêmes dit. C'est d'ailleurs le cas de la Cour supérieure du Comté de Fulton dans l'Etat de Géorgie qui, dans l'autre pourvoi dont notre chambre est saisie sur pourvoi du procureur général de la cour d'appel de Paris, a expressément précisé que la procédure dont elle était saisie n'était pas une procédure d'adoption (§ 13, p. 3 du jugement américain cité par l'arrêt attaqué).

Ainsi que le souligne la DACS dans la contribution réalisée dans le cadre des présents pourvois (jointe au présent Avis), le jugement étranger en cause n'est pas un jugement d'adoption et il convient de rappeler que les jugements d'établissement de filiation étrangers ne peuvent pas être qualifiés de jugements d'adoption internationale dès lors que, conformément aux critères de l'adoption internationale prévus par l'article 2 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 et l'article 370-2

du code civil du code civil, l'enfant n'a jamais eu sa résidence dans l'Etat de naissance et n'a pas été déplacé vers la France où résident habituellement le ou les adoptants.

La DACS ajoute que ce type de jugements – encore plus particulièrement lorsqu'il s'agit de jugements pré-nataux - n'est en outre pas conforme aux exigences posées par la Convention de La Haye puisque ces jugements ne respectent pas :

- la procédure prévue par cette Convention qui prohibe toutes démarches dites individuelles, c'est-à-dire effectuées directement par les parents adoptifs auprès des parents de l'enfant ou des autorités locales étrangères, en lieu et place de l'accompagnement obligatoire par un opérateur et l'Autorité centrale désignée par chaque Etat partie ;
- le principe de subsidiarité qui impose que l'adoption internationale ne puisse être envisagée qu'à défaut de solution nationale dans l'Etat d'origine de l'enfant (article 4 a)) ;
- le principe selon lequel le consentement libre et éclairé de la mère ne doit avoir été donné qu'après la naissance de l'enfant (article 4 c) 4)).

En conséquence, la cour d'appel ne pouvait pas, comme elle l'a fait, faire produire au jugement établissant la filiation les effets d'un jugement d'adoption, qui plus est plénière, au regard des critères de l'ordre public international et de l'obligation qui lui est faite de ne pas procéder à une révision de la décision étrangère en traduisant une institution étrangère dans les catégories du for pour assurer son intégration. Il lui appartenait d'exercer son contrôle d'office, y compris dans le cadre d'un appel limité à la question des effets du jugement étranger auquel avait été conféré l'exequatur par les premiers juges, à tort selon nous (v. *supra*, p. 29 à 39 et spéc. 38). Ce moyen de pur droit doit donc être soulevé d'office et conduire à la cassation de l'arrêt attaqué.

D'autant que, de surcroît, ainsi que le relève la DACS dans sa contribution, « *sauf à accepter le contournement des règles protectrices de l'adoption internationale ou de l'adoption nationale, ou encore d'entrée et de séjour de l'enfant sur le territoire français, ces décisions ne pourraient être apparentées, en droit français, qu'à des jugements d'adoption de l'enfant du conjoint, du partenaire ou du concubin* ». Et nous savons bien que, dans cette hypothèse, il s'agirait d'une adoption intra-familiale dont les règles de fond sont plus souples que celles du droit commun (pas d'agrément obligatoire, pas de remise obligatoire de l'enfant de moins de deux ans au service de l'aide sociale à l'enfance, pas de seuil d'âge minimum), et qui supposent qu'un parent biologique soit identifié.

Or, en la cause, les requérants ont placé de fait les juges de l'exequatur dans l'impossibilité d'exercer leur contrôle sur l'existence d'un lien biologique entre l'un d'eux et l'enfant. Et il ne peut être valablement argumenté dans un tel contexte, comme le développe le mémoire en défense, que « *dès lors que le jugement étranger constate l'absence de lien de filiation entre l'enfant et ses parents*

d'intention, la décision produit des effets similaires à une adoption plénière puisque celle-ci entraîne la rupture des liens avec la famille d'origine».

Il ne peut davantage être soutenu que la décision des juges du fond serait fondée sur le droit au respect de la vie familiale de l'enfant et de ses parents d'intention puisque, ainsi que nous l'avons développé précédemment (v. *supra*, p. 32 à 35 et p. 18 à 22), la CEDH n'oblige pas à la reconnaissance de tels liens de filiation en l'absence de tout lien biologique. De surcroît, la lecture faite par l'arrêt attaqué et le mémoire en défense de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et au-delà de l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, est beaucoup trop restrictive et fait peu de cas du droit d'accès de l'enfant à ses origines et à la vérité de sa conception, indispensables à la construction de son identité, quel que soit son âge. Ce droit est reconnu tant par la CEDH que par de plus en plus d'instruments internationaux (v. *supra*, p. 21-22). Le Conseil constitutionnel a lui-même consacré une exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant dans une décision du 21 mars 2019 (Décision n° 2018-768 QPC) qui, selon nous, le place désormais au-dessus des autres intérêts.

L'équilibre du dispositif actuel de reconnaissance du lien de filiation issu d'une GPA pratiquée à l'étranger repose en effet sur une complémentarité entre la reconnaissance du lien de filiation de plein droit en cas de lien biologique, avec une transcription possible de ce lien de filiation sur les registres de l'état civil français, et le recours au contrôle juridictionnel en cas d'absence de lien biologique *via* la procédure d'adoption pour la reconnaissance du second lien de filiation.

Ainsi, dans le cas d'une GPA pratiquée à l'étranger, en l'absence d'un lien biologique identifié avec l'enfant et en présence d'un jugement qui n'est pas un jugement d'adoption, mais un jugement d'établissement de filiation, il ne peut, par la voie de l'exequatur, lui être attribué les effets d'un jugement d'adoption plénière à l'égard des deux parents. Une telle voie ne permet pas de s'assurer que les règles qui encadrent toute adoption par un couple, dans l'intérêt de l'enfant, ont été respectées.

Relevons que le père biologique, s'il en existe un dans le couple, aurait pu voir son lien de filiation reconnu de plein droit, à condition de s'identifier. Le non-respect de cette condition ne peut conduire à ouvrir une possibilité d'adoption directe par deux parents d'intention hors de tout contrôle.

Au bénéfice de l'ensemble de ces développements, ***nous vous invitons à casser l'arrêt attaqué par un motif de pur droit substitué au premier moyen du pourvoi, pris de la violation de l'obligation faite au juge de l'exequatur de ne pas procéder à une révision de la décision étrangère en traduisant une institution étrangère dans les catégories du for en contrariété avec l'ordre public international français.***

Cette cassation peut intervenir sans renvoi.