



Paris, le 5 juin 2015

---

**Décision du Défenseur des droits n° MSP-MLD-MDE-2015-093**

---

**Le Défenseur des droits,**

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

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, notamment l'article 33 ;

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

---

Vu la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 8 et 14 de la Convention ;

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

---

Saisi de pourvois formés contre les arrêts de la Cour d'appel de Rennes rendus les 15 avril et 16 décembre 2014 (S 14-21323 et K 15-50002) relatifs à la transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance des enfants K.B. et L.G. (6<sup>ème</sup> chambre A, n° 293 et 764, RG : 13/01047 et 13/08461),

Chargé au titre de l'article 4 de la loi organique du 29 mars 2011 de défendre et de promouvoir les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant consacrés par la loi, par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par la Convention relative aux droits de l'enfant, de défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'État et de lutter contre les discriminations, décide de présenter les observations suivantes devant la Cour de cassation.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

---

## **Observations devant la Cour de cassation**

---

### **EXPOSÉ DES FAITS**

#### ***Procédure concernant K.B.***

Monsieur B a sollicité la transcription dans les registres de l'état civil français de l'acte de naissance de son enfant K.B., née à Moscou, le 17 août 2011.

Le procureur de la République de Nantes s'est opposé à sa demande, en raison du faisceau d'indices laissant présumer qu'il avait eu recours à une convention de gestation pour autrui prohibée par l'article 16-7 du code civil.

En octobre 2012, le réclamant a assigné le procureur de la République près le Tribunal de grande instance (« TGI ») de Nantes et l'Agent judiciaire de l'État devant le tribunal, afin de voir ordonner la transcription de l'acte de naissance de K.B. à l'état civil français.

Le 17 janvier 2013, le TGI a débouté le réclamant de ses demandes. Celui-ci a interjeté appel du jugement devant la Cour d'appel de Rennes. Par un arrêt du 15 avril 2014, la cour d'appel a confirmé le jugement, pour les motifs suivants :

« Considérant qu'en l'état du droit positif est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour autrui, qui fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ;

Considérant qu'en présence de cette fraude, le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne saurait être utilement invoqué, étant au demeurant observé qu'il a été délivré un document de voyage à K.B. qui fréquente une crèche parisienne. »

Le réclamant s'est pourvu en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel.

#### ***Procédure concernant L.G.***

Monsieur G a sollicité la transcription dans les registres de l'état civil français de l'acte de naissance de son enfant L.G., née à Moscou, le 30 mai 2011. Le procureur de la République de Nantes a rejeté sa demande, en raison de soupçons de recours à une gestation pour autrui.

En novembre 2011, le réclamant a assigné le procureur de la République près le TGI de Nantes devant le tribunal, afin de voir ordonner la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance de L.G., le désignant en qualité de père et L.V en qualité de mère.

Par un jugement du 28 novembre 2013, le TGI l'a débouté de ses demandes. Le réclamant a interjeté appel du jugement. Par un arrêt du 16 décembre 2014, la Cour d'appel de Rennes a infirmé le jugement et accueilli ses demandes, décidant de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant sur la fraude.

Le Parquet général près la Cour d'appel de Rennes s'est pourvu en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel.

La Cour de cassation est saisie des deux pourvois.

## DISCUSSION JURIDIQUE

A titre liminaire, il convient de préciser qu'il ne s'agit pas de discuter ici de la légalité ou de la légitimité du recours à la convention de gestation pour autrui (« GPA ») qui est prohibée en France,<sup>1</sup> mais d'appeler l'attention de la Cour de cassation sur les obligations de l'État français en matière de reconnaissance et d'établissement de la filiation des enfants nés à l'étranger d'une GPA, telles qu'elles résultent de ses engagements internationaux, et en particulier de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui protègent le droit au respect de la vie privée et l'intérêt supérieur de l'enfant.

Selon une jurisprudence constante, la Cour de cassation considère que la convention de GPA, nulle d'une nullité d'ordre public au regard des articles 16-7 et 16-9 du code civil, ne peut produire aucun effet juridique en droit interne et qu'elle fait ainsi obstacle à l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant issu de la convention et les parents d'intention, qu'il existe ou non d'un lien biologique entre eux ; et ce, que ce soit par le biais, comme en l'espèce, de la transcription sur les registres de l'état civil des mentions figurant sur l'acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger, ou par le biais de la reconnaissance, de l'adoption, ou par l'effet de la possession d'état.<sup>2</sup>

Dans l'affaire de Monsieur B, la Cour d'appel de Rennes, appliquant la jurisprudence de la Haute Cour, a jugé qu'en l'état du droit positif, « *est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de [GPA], qui fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil* ». Elle a ajouté qu'en présence de cette fraude, le respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait être utilement invoqué (arrêt du 15 avril 2014). Suivant le même raisonnement, le Parquet général près la Cour d'appel de Rennes a formé un pourvoi contre l'arrêt rendu dans l'affaire de Monsieur G, dont la demande a été accueillie au nom du primat de l'intérêt supérieur de l'enfant (arrêt du 16 décembre 2014).

Or, dans les deux arrêts *Mennesson* et *Labassee c. France* du 26 juin 2014,<sup>3</sup> la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») a condamné l'État français pour non-respect du droit au respect de la vie privée des enfants nés d'une GPA, garanti par l'article 8 précité, au motif que le droit interne tel qu'en vigueur aujourd'hui ne leur permet pas de faire reconnaître et établir juridiquement leur filiation à l'égard de leurs parents, pourtant légalement établie à l'étranger, que ce soit par voie de transcription de l'acte de naissance étranger dans les registres de l'état civil français, de la reconnaissance, de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état.

Dans ces deux arrêts, la CEDH a estimé que ce refus portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de l'identité de ces enfants et à leur l'intérêt supérieur, lequel doit toujours primer lorsque leur situation est en cause.

Ces arrêts sont définitifs et ont force obligatoire. Dès lors, conformément à leurs engagements internationaux et, en particulier aux articles 1 et 46 de la Convention, les autorités nationales doivent s'y conformer, en prenant des mesures générales en vue de prévenir de nouvelles violations similaires à celles constatées.

---

<sup>1</sup> Articles 16-7 et 16-9 du code civil.

<sup>2</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1994 : Bulletin 1994 I, no 226, p. 164 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n°09-66486, 10-19053, 09-17130 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-18315, 12-30128 ; 19 mars 2014, n° 13-50005.

<sup>3</sup> *Mennesson c. France*, n° 65192/11, 26 juin 2014 ; *Labassee c. France*, n° 65941/11, 26 juin 2014.

L'exécution des arrêts doit être pleine, effective et rapide et implique tous les acteurs concernés, y compris le pouvoir judiciaire. Ces exigences ont été rappelées lors de la Conférence de Bruxelles sur « *la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, notre responsabilité partagée* » en mars 2015.<sup>4</sup> A cette occasion, le Président de la Cour de Strasbourg, Dean Spielmann, l'a souligné : « *En amont comme en aval du mécanisme juridictionnel de Strasbourg, les États doivent faire en sorte que les problèmes soient résolus au niveau interne, plutôt que d'être portés devant la Cour* ». Aujourd'hui, trois nouvelles requêtes similaires aux présentes espèces et aux affaires *Menesson* et *Labassee* ont été portées devant la Cour de Strasbourg et communiquées au Gouvernement pour observations ; elles pourraient donner lieu à une nouvelle condamnation de la France.<sup>5</sup>

La Chancellerie n'ayant toujours pas donné de directive au Parquet de Nantes sur la reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA et la transcription des actes de naissance dans les registres de l'état civil français, un an après les arrêts *Menesson* et *Labassee*,<sup>6</sup> la solution est désormais attendue du côté du juge judiciaire.

Dans ses arrêts du 15 avril 2011 relatifs au régime de la garde à vue et à l'exécution des arrêts de la CEDH *Salduz et Dayanan c. Turquie*, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que « *les États adhérents à [la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle, ni d'avoir modifié leur législation (...)* ». <sup>7</sup> Le Conseil d'État estime qu'« *il résulte des stipulations de l'article 46 de la [Convention] que la complète exécution d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant un État partie à la convention implique, en principe, que cet État prenne toutes les mesures qu'appellent, d'une part, la réparation des conséquences que la violation de la convention a entraînées pour le requérant et, d'autre part, la disparition de la source de cette violation* ». <sup>8</sup>

Or, le Défenseur des droits constate que depuis les arrêts *Menesson* et *Labassee*, la jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas évolué et que les enfants se trouvent toujours dans une situation d'incertitude juridique quant à leur état civil français, incompatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'intérêt supérieur de l'enfant.

**En application de la jurisprudence de la CEDH *Menesson* et *Labassee*, le droit au respect de la vie privée et l'intérêt supérieur des enfants nés à l'étranger d'une GPA doivent primer sur les intérêts de la société et des tiers. Dès lors, la reconnaissance de la filiation de ces enfants à l'égard de leurs parents, légalement établie à l'étranger, s'impose aux autorités.**

**1) Le droit au respect de la vie privée et l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une GPA impliquent la reconnaissance et l'établissement de sa filiation dans l'ordre juridique interne**

Dans les arrêts *Menesson* et *Labassee*, la CEDH rappelle que le droit au respect de la vie privée des enfants tel que protégé par l'article 8 **garantit à chacun le droit de pouvoir**

<sup>4</sup> Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Déclaration de Bruxelles, 27 mars 2015.

<sup>5</sup> CEDH, requêtes communiquées, *Laborie c. France* (n° 44024/13), *Foulon c. France* (n° 9063/14) et *Bouvet c. France* (n° 10410/14).

<sup>6</sup> Voir à cet égard, le plan d'action du gouvernement dans le cadre de l'exécution des arrêts *Menesson* et *Labassee*.

<sup>7</sup> Cass., Assemblée plénière, 15 avril 2011, n° 10-30313, 10-30316, 10-17049, publiés au bulletin.

<sup>8</sup> CE, Baumet, 4 octobre 2012, n° 328502.

**établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut la filiation**<sup>9</sup>. Ce principe doit s'appliquer à tous les enfants quels que soient leur mode de conception et leurs conditions de naissance. Si l'État dispose, en principe, d'une marge d'appréciation en l'absence de consensus européen sur la reconnaissance juridique de la filiation entre les enfants conçus légalement à l'étranger d'une GPA et les parents d'intention, la Cour estime qu'elle doit être réduite ici car la filiation est un aspect essentiel de l'identité.

La CEDH rappelle que toute atteinte à ce droit doit ménager un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement concernés, en ayant égard au **principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer**.<sup>10</sup>

En refusant d'accorder tout effet juridique à un acte d'état civil étranger d'un enfant né d'une GPA et/ou une décision étrangère reconnaissant sa filiation, légalement établie à l'étranger, et de transcrire cet acte pour des considérations d'ordre public, **les autorités nient l'existence de la filiation de cet enfant dans l'ordre juridique interne**. Le refus de reconnaissance de cette filiation porte ainsi atteinte de manière disproportionnée au droit au respect de l'identité et à l'intérêt supérieur de l'enfant. Se borner à admettre l'existence de cette filiation de l'enfant à l'étranger, sans en reconnaître les effets juridiques dans l'ordre interne, ne saurait répondre aux exigences des droits et principes précités. C'est ainsi que la CEDH a statué.<sup>11</sup>

Depuis un an, le Défenseur des droits est saisi par plusieurs familles qui, comme les requérants, Messieurs B et G, se voient opposer par le parquet de Nantes un refus de transcription de l'acte de naissance de leurs enfants. Parfois, l'administration oppose un refus implicite pendant plusieurs mois en demandant des pièces complémentaires non exigées par la loi (certificats d'accouchement, copies de passeport, justificatifs et certificats de grossesse, justificatifs de résidence) ; dans certains cas, une enquête est sollicitée par le procureur de la République et les personnes concernées sont convoquées pour une audition au commissariat de police.

Pour refuser la transcription, le parquet de Nantes indique qu'il n'a pas reçu d'instruction de la Chancellerie et qu'il est dans l'attente d'un arrêt de la Cour de cassation. La position du parquet semble néanmoins varier d'une situation à l'autre ; dans un cas rapporté au Défenseur des droits, il semble avoir interprété les arrêts de la CEDH comme n'imposant pas la transcription, une « *formalité administrative* », selon lui. Or, ainsi que l'a rappelé le TGI de Nantes dans ses jugements du 13 mai 2015, « *la transcription des actes de naissance de l'état civil [des enfants], fut-elle facultative, [est] constitutive de l'un des éléments de la reconnaissance de filiation à laquelle ces enfants peuvent prétendre en leur qualité d'enfants de ressortissants français* ». <sup>12</sup> Le TGI précise faire application des arrêts *Menesson* et *Labassee* de la CEDH.

**Outre que le refus de reconnaissance de la filiation constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de l'identité, elle entraîne d'autres ingérences dans le droit au respect de la vie privée des enfants ; elle les prive des droits attachés à la filiation : l'acquisition de la nationalité française, la jouissance de droits successoraux, le droit de disposer de pièces d'identité et la liberté d'aller et venir.**

<sup>9</sup> *Menesson*, § 96 ; *Labassee*, § 75.

<sup>10</sup> Voir, parmi d'autres, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, §§ 133-134, 28 juin 2007 et *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, §§ 76 et 95, 22 janvier 2008.

<sup>11</sup> *Menesson*, § 96 ; *Labassee*, § 75.

<sup>12</sup> TGI Nantes, 13 mai 2015, 14/07497, 14/07499, 14/7503.

**2) Le refus de reconnaissance de filiation constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants nés de GPA en ce qu'il les prive de leurs droits attachés à la filiation**

Le refus de reconnaissance de la filiation des enfants à l'égard de leurs parents dans l'ordre juridique interne ne leur permet pas de se voir **reconnaître la nationalité française**, alors que l'article 18 du code civil ouvre ce droit à tout enfant dont l'un des parents au moins est français. Si l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, la Cour de Strasbourg rappelle néanmoins que **la nationalité est un élément de l'identité des personnes**<sup>13</sup>.

Dans les arrêts *Mennesson* et *Labassee*, la Cour constate que bien que leur père biologique soit français, les enfants sont confrontés à « *une troublante incertitude* » quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 précité, soulignant que **pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité**.

Dans ces deux affaires, le Gouvernement soutenait qu'eu égard à la circulaire de la Garde de Sceaux du 25 janvier 2013,<sup>14</sup> les enfants peuvent obtenir un certificat de nationalité française (CNF) sur le fondement de l'article 18 du code civil. La Cour de Strasbourg n'a pas été convaincue par cet argument, relevant que les règles de droit international privé rendent particulièrement complexe, voire aléatoire, le recours à l'article 18 pour établir la nationalité française. En effet, le cas d'exclusion prévu par l'article 47 du code civil est constitué lorsqu'il a été constaté que les enfants concernés sont issus d'une GPA, ce que la Cour de cassation analyse aujourd'hui comme une fraude à la loi.

C'est ce que le Défenseur des droits constate également à travers les nombreuses réclamations qu'il reçoit. Depuis les arrêts de la CEDH, des enfants se trouvent toujours dans une situation juridique incertaine quant à la reconnaissance de leur nationalité française. Malgré la circulaire du 25 janvier 2013 et sa validation par le Conseil d'État le 12 décembre 2014 faisant primer l'intérêt supérieur de l'enfant sur les considérations d'ordre public,<sup>15</sup> plusieurs enfants ne parviennent toujours pas à se voir reconnaître la nationalité française et à obtenir un CNF. Dans plusieurs cas, les autorités suspendent pendant des mois l'examen de leur demande pour procéder à des vérifications. Par ailleurs, les pratiques administratives varient d'un greffe et d'un enfant à l'autre, entraînant des différences de traitement dans des situations analogues, qui pourraient s'avérer discriminatoires car fondées sur les conditions de naissance de l'enfant et contraires à l'article 14 de la CEDH combiné à l'article 8. L'article 14 dispose en effet que : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] la naissance [...]* ».

Certes, la Cour européenne admet que les États procèdent à des différences de traitement. Cependant, celles-ci doivent poursuivre un but légitime et un rapport raisonnable de proportionnalité doit exister entre les moyens employés et le but visé. Dans plusieurs affaires relatives aux différences de traitement opérées entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels en matière successorale, la Cour a conclu à l'existence d'une discrimination fondée sur la naissance.<sup>16</sup> Comme dans *Mennesson* et *Labassee*, la Cour y rappelle qu'un enfant ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables.

<sup>13</sup> *Mennesson*, § 97 et *Labassee*, § 76 ; *Genovese c. Malte*, n° 53124/09, § 33, 11 octobre 2011.

<sup>14</sup> Circulaire CIV/02/13 - NOR JUSC 1301528 C.

<sup>15</sup> CE, 12 décembre 2014, Association Juristes pour l'enfance et autres, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861.

<sup>16</sup> Voir, entre autres, *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II et *Fabris c. France*, n° 16574/08, 21 juillet 2011.

Comme la transcription de l'acte de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil français, l'obtention d'un CNF pour ces enfants peut conditionner l'ouverture d'autres droits tels que l'obtention d'une carte nationalité d'identité française ou d'un passeport.

Contrairement à ce que soutient le Parquet du Procureur général près la Cour d'appel de Rennes, le refus d'établissement et de reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA a des **conséquences préjudiciables sur le plan successoral**. C'est ce que constate la Cour de Strasbourg dans les arrêts *Menesson* et *Labassee*, en s'appuyant sur une étude du Conseil d'État de 2009<sup>17</sup> : l'enfant né à l'étranger d'une GPA ne peut hériter des parents d'intention que s'il a été institué légataire ; ses droits successoraux sont alors calculés moins favorablement. Or, **les droits successoraux sont, rappelle la Cour, un élément de l'identité filiale dont les enfants nés à l'étranger d'une GPA se trouvent privés**.<sup>18</sup>

Les réclamants qui ont saisi le Défenseur des droits témoignent également de difficultés pour circuler hors du territoire français. Ne disposant que de passeports étrangers, il leur est alors demandé le passeport français ou le titre de séjour de l'enfant. Or, les enfants dont l'administration soupçonne être nés à l'étranger d'une GPA, se voient refuser la délivrance de passeports car ni leur filiation, ni leur nationalité française ne sont reconnues. Ces refus n'ont pas de fondement légal. Conformément au droit en vigueur,<sup>19</sup> les réclamants produisent les pièces demandées, notamment l'acte de naissance étranger apostillé et traduit. Ils se voient en outre demander des pièces justificatives supplémentaires non prévues par la loi (la transcription de leur acte de naissance étranger sur les registres d'état civil français, l'exéquatur du jugement étranger, copie de l'acte de reconnaissance, ou un CNF). Les réclamants n'ont aucune garantie de traitement de leur demande dans un délai raisonnable. Le refus de telles pièces méconnaît leur droit au respect de la vie privée et la liberté de circulation, tel que protégée par l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme.

En raison du refus de reconnaissance de leur filiation, les enfants ne disposent donc pas d'état civil français et de livret de famille ; de ce fait, les parents rencontrent de nombreuses difficultés dans leur vie quotidienne pour exercer l'autorité parentale, pour procéder au rattachement des enfants à la sécurité sociale, à leur inscription à l'école, ou pour bénéficier des prestations familiales ou d'un congé parental.

Le Procureur général près la Cour d'appel de Rennes fait valoir que le père a fait primer son désir d'enfant sur l'intérêt supérieur de son enfant « *issu d'un procédé frauduleux* ». <sup>20</sup> Il convient ici de rappeler que **l'enfant né d'une convention de GPA est étranger à la fraude et qu'il n'a pas à souffrir des conséquences du comportement de ses parents, en se voyant priver de ses droits**. La Cour de Strasbourg l'a rappelé : s'il est concevable que l'État souhaite décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation prohibée sur son territoire et ne faire produire à ce procédé aucun effet juridique à l'égard des parents d'intention, elle rappelle que **leur situation est à distinguer de celle des enfants, lesquels ne doivent en aucun cas être tenus responsables du choix du mode de procréation des parents et subir les conséquences du refus de reconnaissance et d'établissement de leur filiation en droit français**.

---

<sup>17</sup> CE, Etude sur la révision des lois de bioéthique, 9 avril 2009.

<sup>18</sup> *Menesson*, § 99 ; *Labassee*, § 77.

<sup>19</sup> Décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports.

<sup>20</sup> Mémoire en défense du ministère public, 27 janvier 2015. Voir également mémoire ampliatif du Procureur général du 26 janvier 2015.

### 3) La portée des arrêts *Menesson* et *Labassee*

L'interprétation des arrêts *Menesson* et *Labassee* devrait conduire les juges à permettre aux enfants nés de GPA d'obtenir *a minima* la reconnaissance et l'établissement du lien juridique de filiation à l'égard de leur parent biologique.<sup>21</sup> La Cour de Strasbourg a en effet statué comme suit :

« Cette analyse 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 (voir, par exemple, l'arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. »

La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur la reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard du parent biologique devrait donc être abandonnée et la transcription partielle de l'acte d'état civil autorisée, ainsi que cela avait été permis en 2011.<sup>22</sup>

Une position contraire de la Cour de cassation placerait les enfants nés à l'étranger de GPA dans une situation juridique intenable.

En application de la jurisprudence *Menesson* et *Labassee*, la transcription de l'acte de naissance étranger des enfants, K.B. et L.G., dans les registres de l'état civil français, devrait dès lors être autorisée.

Si la Cour de Strasbourg est restée silencieuse sur la filiation entre les enfants et leur parent d'intention, le Défenseur des droits appelle néanmoins l'attention de la Cour de cassation sur la situation de ces enfants qui ne peuvent aujourd'hui faire établir juridiquement ce lien de filiation, la jurisprudence de la Haute Cour ne le permettant pas<sup>23</sup>. Il y a lieu de se demander si une telle jurisprudence est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit toujours être une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent les enfants. A cet égard, la CEDH a estimé que se posait ici « une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants »<sup>24</sup> et que cela pourrait également constituer une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants, dans la mesure où « la France, sans ignorer [que les requérants] ont été identifié[s] ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité

---

<sup>21</sup> *Menesson*, § 100.

<sup>22</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, 09-66486.

<sup>23</sup> La jurisprudence de la Cour de cassation fait aujourd'hui obstacle à la reconnaissance et l'établissement du lien juridique de filiation entre l'enfant né d'une GPA et le parent d'intention que ce soit par le biais de la transcription sur les registres de l'état civil des mentions figurant sur un acte de naissance, par le biais de l'adoption, ou par l'effet de la possession d'état ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1994 : Bulletin 1994 I, no 226, p. 164 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011 : pourvoi no 09-17130.

<sup>24</sup> *Menesson*, § 99.



*dans son ordre juridique* » et ce refus de reconnaissance a des conséquences sur les droits successoraux à l'égard de la mère d'intention.<sup>25</sup>

Sur l'intérêt supérieur de l'enfant, il est utile de rappeler les préconisations du Comité des droits de l'enfant sur l'interprétation à donner à l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, d'application directe en droit interne.<sup>26</sup> Les termes "*doit être une considération primordiale*" imposent aux États « **une obligation juridique stricte et signifie qu'ils n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu ou non d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant et de lui attribuer le poids requis en tant que considération primordiale dans toute mesure qu'ils adoptent** ». <sup>27</sup> En outre, « *considération primordiale* » signifie que « **l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas être mis sur le même plan que toutes les autres considérations**. Cette position forte est justifiée par la situation particulière de l'enfant: dépendance, degré de maturité, statut juridique et, fréquemment, impossibilité de faire entendre sa voix. »

En outre, lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant - une fois évalué et déterminé – est en conflit avec d'autres intérêts ou d'autres droits, et si une harmonisation est impossible, le Comité demande aux autorités « d'analyser et de mettre en balance les droits de toutes les parties concernées, en ayant à l'esprit que **le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un rang de priorité élevé et ne sont pas une considération parmi d'autres seulement. Il convient donc d'attribuer un plus grand poids à ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant** ». <sup>28</sup>

### **3) Des décisions allant dans le sens des arrêts *Menesson* et *Labassee***

Une évolution de la jurisprudence allant dans le sens des exigences posées par les arrêts *Menesson* et *Labassee* semble avoir été amorcée par les juridictions du fond, en particulier par la Cour d'appel de Rennes dans l'arrêt du 16 décembre 2014, critiqué dans la présente procédure, et récemment par le TGI de Nantes.

Dans son arrêt, la Cour d'appel de Rennes a fait application de la jurisprudence de la CEDH et a accueilli la demande de transcription à l'état civil français de l'acte de naissance de l'enfant désignant son père et sa mère. Elle a considéré que les enfants n'avaient pas à subir les choix négatifs de leurs parents et que l'intérêt supérieur de l'enfant devait primer sur la fraude en présence de la réalité biologique du lien de filiation de manière à réparer l'atteinte au droit à la vie privée de l'enfant. La cour a également ordonné la transcription de l'acte de naissance étranger à l'égard de la mère, celle-ci étant « la mère biologique pour avoir accouché de [l'enfant] ».

En outre, par trois jugements du 13 mai 2015, le TGI de Nantes a également accueilli la transcription dans les registres de l'état civil français de l'intégralité des actes de naissance d'enfants nés d'une gestation pour autrui en Inde (la filiation à l'égard du père, la mère n'apparaissant pas sur l'acte), en Ukraine (la filiation du père et de la mère d'intention, non porteuse) et aux États-Unis (la filiation du père et de la mère porteuse). Le TGI a ainsi appliqué les arrêts de la CEDH, en ne restreignant pas leur portée. Il estime en effet que la naissance des enfants nés d'une convention de GPA prohibée en droit interne ne doit pas faire obstacle à « **la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte et ce dans l'intérêt des enfants qui ne sauraient se voir opposer les conditions de leur naissance** ».

<sup>25</sup> *Menesson*, §§ 96 et 98 .

<sup>26</sup> Voir notamment Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 2005, 02-16336 et 02-20613 ; Civ 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, 04-16942 ; Civ 1<sup>re</sup>, 13 juillet 2005, 05-10519, 05-10521.

<sup>27</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1).

<sup>28</sup> *Ibid.*

Le Conseil d'État semble déjà avoir tiré les conséquences de la jurisprudence de la CEDH et des arrêts *Mennesson* et *Labassee* concernant le droit au respect de la vie privée et l'intérêt supérieur des enfants nés de GPA. Dans une décision du 12 décembre 2014 relative à la circulaire du 25 janvier 2013 de la Garde des sceaux relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - État civil étranger,<sup>29</sup> il a considéré qu'elle n'était entachée d'aucun excès de pouvoir, estimant que « *la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la CEDH, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie* ».

Il est à noter que, dans une décision de 2011 relative à la délivrance d'un document de voyage à des enfants soupçonnés par l'administration d'être nés à l'étranger d'une GPA, le Conseil d'État estimait déjà que « *la circonstance que la conception de ces enfants aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la [Convention relative aux droits de l'enfant], d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant, ainsi que l'a jugé à bon droit le juge de première instance* ».<sup>30</sup>

#### **4) Éléments de droit comparé démontrant une tendance à la reconnaissance juridique de la filiation des enfants nés de GPA**

Il est également utile de porter à l'attention de la Cour de cassation des éléments de droit comparé sur l'évolution des législations et des pratiques des pays qui, comme la France, prohibent la GPA mais qui, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, tendent à reconnaître le statut juridique des enfants acquis légalement à l'étranger. A cet égard, il est renvoyé à l'étude menée par la Conférence de La Haye de droit international privé, dont certains extraits sont rapportés ci-dessous.<sup>31</sup>

« De fait, on peut affirmer — quoique avec prudence — que les premiers signes d'une tendance, dans ces États, en faveur de la reconnaissance de la filiation juridique dans les affaires de CMSI [conventions de maternité de substitution à caractère international] dans certaines circonstances sont perceptibles, ce que confirment certains exemples notables allant dans ce sens dans la jurisprudence récente,<sup>32</sup> mais aussi des recommandations ou des propositions législatives dans d'autres États.

(...)

**En Allemagne, la Cour suprême fédérale**, dans un récent arrêt<sup>33</sup> (...) a jugé **qu'une décision californienne nommant deux pères d'intention en qualité de parents juridiques d'un enfant<sup>34</sup> devait être reconnue en Allemagne**. Pour parvenir à cette décision, la Cour s'est fondée sur l'article 8 de la [Convention européenne des droits de l'homme] et sur les arrêts *Mennesson / Labassee*, déclarant que **l'intérêt supérieur de l'enfant voulait que sa filiation juridique établie aux États-Unis soit reconnue et que l'enfant ne pouvait être tenu responsable des actes des adultes**. Il est particulièrement intéressant de noter que la Cour fédérale a marqué son désaccord par rapport aux commentaires de la juridiction inférieure qui affirmait qu'une adoption — et non la reconnaissance d'une décision étrangère — serait la

<sup>29</sup> CIV/02/13 - NOR JUSC 1301528 C.

<sup>30</sup> CE, 4 mai 2011, n° 348778.

<sup>31</sup> Conférence de La Haye de droit international privé, La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant, février 2014 ; le projet de filiation / maternité de substitution, février 2015.

<sup>32</sup> Par exemple, en Allemagne, au Royaume-Uni et en Suisse.

<sup>33</sup> Bundesgerichtshof, arrêt du 10 décembre 2014 (No XII ZB 463/13).

<sup>34</sup> Dans des circonstances où l'enfant a été conçu à la suite d'une CMSI au moyen des spermatozoïdes de l'un des pères d'intention et des ovocytes d'une donneuse.

procédure la plus appropriée pour établir un lien juridique entre l'enfant et le père d'intention qui ne lui était pas génétiquement apparenté. La Cour fédérale a déclaré qu'au contraire, une adoption comporterait le risque que les parents d'intention changent d'avis après la naissance de l'enfant. Cela pourrait donc permettre aux parents d'intention de fuir leur responsabilité envers l'enfant. La Cour fédérale a souligné les différences entre l'adoption et la maternité de substitution et a déclaré que, **dans les affaires de maternité de substitution, la filiation juridique devrait être établie lors de la naissance de l'enfant**. En outre, **la Cour fédérale a contredit l'avis de la juridiction inférieure, selon laquelle la transcription intégrale de la décision étrangère violerait le droit de l'enfant à connaître son identité, puisqu'elle ne contiendrait pas d'informations sur la mère porteuse**. La Cour fédérale a déclaré que **le registre d'état civil n'avait pas pour rôle de protéger le droit d'un enfant à connaître ses origines génétiques, puisqu'il ne concernait que les liens juridiques**. La Cour a cité des exemples d'autres cas dans lesquels le registre d'état civil ne correspondait pas à la réalité génétique (par ex., en cas de don de spermatozoïdes, le nom du donneur n'est pas enregistré). Par conséquent, ce raisonnement n'interdisait pas la reconnaissance de la décision étrangère.

(...)

**En Espagne**, suite aux arrêts de la [CEDH], la Direction générale des registres et du notariat (« DGRN ») a publié une circulaire déclarant que les registres devaient désormais de nouveau appliquer l'Instruction de 2010 de la DGRN, qui préconisait **une approche plus « libérale » vis-à-vis de la reconnaissance**, et ce malgré la décision contraire rendue par la Cour suprême espagnole en février 2014. En outre, **le 11 décembre 2014, le ministre espagnol de la Justice a déclaré qu'un amendement (qui n'a pas encore été rendu public) au projet de loi sur les registres d'état civil, actuellement à l'étude par le Parlement, serait proposé pour garantir que la disposition concernant l'enregistrement d'un enfant suite à une CMSI soit conforme aux récents arrêts de la [CEDH]**. (...)

(...)

**Au-delà de l'Europe**, l'approche que les États ont adoptée en 2014 par rapport à ces questions semble elle aussi tendre à **faciliter la reconnaissance ou l'établissement de la filiation juridique des enfants et des parents d'intention pour des motifs d'intérêt supérieur de l'enfant**. Par exemple, **en Australie**, un juge du tribunal aux affaires familiales s'est récemment déclaré en mesure de faire une déclaration quant à la filiation juridique d'un père d'intention génétiquement apparenté (malgré l'existence d'un précédent australien allant dans l'autre sens), **au vu du fait que « les intérêts de l'enfant devaient primer [...] sur les considérations d'ordre public »**. **Au Brésil**, même s'il s'agissait d'une affaire de maternité de substitution altruiste interne, il a récemment été jugé que deux hommes devaient être enregistrés en qualité de parents juridiques de l'enfant sur son extrait d'acte de naissance, **au motif que c'était la conclusion à atteindre si l'on se fondait sur l'intérêt supérieur de l'enfant**. **Au Canada**, la Cour d'appel du Québec a récemment arrêté que, **bien qu'une convention de maternité de substitution soit « absolument nulle » au Québec, une adoption par la belle-mère en faveur d'une mère d'intention (le père d'intention génétiquement apparenté étant déjà le père juridique au Québec en l'espèce) devait être accordée au motif que les intérêts de l'enfant primaient sur les circonstances de sa [naissance]**<sup>35</sup>. »

##### **5) La conformité du processus décisionnel devant la Cour d'appel avec les exigences procédurales de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'affaire B**

Enfin, dans l'affaire de Monsieur B, il y a lieu de s'interroger sur le respect des garanties procédurales fixées par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le processus décisionnel devant la Cour d'appel de Rennes. Pour confirmer le jugement du TGI de Nantes, la Cour d'appel a ajouté qu'en présence de cette fraude, le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 ne saurait être utilement invoqué. La Cour d'appel a repris ici les motifs des arrêts du 13 septembre 2013 dans lesquels la Cour de cassation avait jugé qu'« *en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention (...) ne sauraient être utilement invoqués* ». Or, il convient de rappeler que selon une jurisprudence constante de la CEDH,

<sup>35</sup> Cour d'appel du Québec, 10/06/2014, n° 500-08-000409-120.

l'exigence de la « nécessité » de l'ingérence au sens de l'article 8 vaut sur le plan matériel et procédural<sup>36</sup> : cela signifie que le processus décisionnel ayant abouti à la mesure doit être équitable et respecter les droits de l'individu protégés par la Convention<sup>37</sup>. Cela implique que les requérants puissent bénéficier d'un examen de proportionnalité de l'ingérence de la part des juridictions nationales, lesquelles doivent examiner en détail les arguments soulevés et y répondre par une motivation adéquate. Au vu de la motivation de la Cour d'appel de Rennes, il y a lieu de s'interroger sur le respect de l'article 8 en l'espèce. Saisie d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 2013 dans le cadre d'une requête, la CEDH a d'ailleurs posé une question dans ce sens.<sup>38</sup>

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

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

---

<sup>36</sup> *McCann c. Royaume-Uni*, no 19009/04, § 49, CEDH 2008.

<sup>37</sup> *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, § 76, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV ; *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, § 72, CEDH 2001-I.

<sup>38</sup> *Foulon c. France* (n° 9063/14) : « En particulier, vu les paragraphes 93 de l'arrêt *Mennesson* et 72 de l'arrêt *Labassee*, quelle conclusion y a-t-il lieu de tirer du fait que la Cour de cassation a retenu en l'espèce que le recours à une convention de gestation pour autrui à l'étranger est constitutif d'une fraude à la loi et qu'en présence d'une telle fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3.1 de la convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention, ne peuvent être utilement invoqués ? »