

Paris, le 6 octobre 2016

Décision du Défenseur des droits n°MSP-MLD 2016-255

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 ;

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, et notamment les articles 8 et 14 ;

Vu la Convention internationale des droits de l'enfant, et notamment les articles 3-1, 7 et 8 ;

Vu le code civil, et notamment l'article 47 ;

Saisi par Monsieur et Madame X qui estiment que la décision du procureur de la République près le tribunal de grande instance de A portant refus de transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance de l'enfant Z constitue une violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDHLF) et des articles 3-1, 7 et 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), s'agissant du droit de l'enfant Z au respect de sa vie privée.

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal de grande instance de A, dans le dossier référencé sous le numéro de répertoire général 15/6805.

Jacques TOUBON

**Observations devant la 1^{ère} chambre civile près le tribunal de grande instance
de A présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars
2011**

Faits

Monsieur et Madame X, ressortissants français, ont appelé l'attention du Défenseur des droits sur les difficultés qu'ils rencontrent pour obtenir la transcription dans les registres de l'état civil français, de l'acte de naissance de leur fils, l'enfant Z.

L'enfant Z est né le 8 octobre 2014 aux Etats-Unis.

L'acte de naissance, délivré le 15 octobre 2014 par un officier de l'état civil américain, désigne Monsieur X en qualité de père de l'enfant et Madame X en qualité de mère. Cet acte de naissance, apostillé et traduit, a été délivré à la suite d'un jugement du 22 septembre 2014 de la Cour supérieure de l'Etat de Californie.

Le 6 février 2015, le consulat général de France à Los Angeles a refusé d'ordonner la transcription, et a transmis le dossier au parquet du Tribunal de grande instance (TGI) de A.

Le 18 mars 2015, Monsieur et Madame X, par l'intermédiaire de leur conseil, Maître B, avocat au barreau de Rennes, ont sollicité du procureur de la République près le TGI de A qu'il procède à la transcription de l'acte de naissance de l'enfant Z dans les registres de l'état civil français.

Les réclamants ont réitéré leur demande le 10 avril 2015.

Par courrier du 7 mai 2015, le procureur de la République près le TGI de A a décidé de surseoir à la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, « *dans l'attente des instructions de la Chancellerie à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014* ».

Le 20 octobre 2015, Monsieur et Madame X, par l'intermédiaire de leur conseil, ont assigné le procureur de la République devant le TGI de A.

C'est dans ce contexte que l'affaire est portée devant le tribunal de grande instance de A le 7 octobre 2016 à 9h30.

Discussion

Le refus de transcription dans les registres de l'état civil français de l'acte de naissance de l'enfant Z apparaît susceptible d'aller à l'encontre du droit au respect de la vie privée et de l'intérêt supérieur de l'enfant, protégés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDH/F) et la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE).

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans les arrêts *Mennesson et Labassée c France* du 26 juin 2014¹, après avoir rappelé que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité, ce qui inclut sa filiation et sa nationalité, a estimé que le droit français tel qu'appliqué au moment de l'instance, ne permettait pas à un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui (GPA), dont la filiation est légalement établie à l'étranger, de faire reconnaître et établir le lien de filiation, notamment par la voie de la retranscription de l'acte de naissance, de la reconnaissance de paternité, de l'adoption ou encore par l'effet de la possession d'état.

La CEDH, dans un arrêt *Foulon et Bouvet c. France* du 21 juillet 2016², a confirmé cette position, en relevant que la France n'a toujours pas pris les mesures administratives et juridiques nécessaires depuis les décisions *Mennesson et Labassée* susvisées. La Haute Cour a estimé que les possibilités ouvertes aux requérants pour établir la filiation – par la voie de la reconnaissance de paternité ou par celle de la possession d'état – invoquées par le gouvernement, ne sont « qu'hypothétiques » et n'existent pas en pratique.

La Cour rappelle, dans une telle situation que, en l'état du droit positif et des pratiques administratives en cours, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui se trouve dans une situation d'incertitude juridique. Le fait de ne pas prendre en considération la filiation reconnue légalement à l'enfant né par GPA par les autorités étrangères revient à lui nier cette qualité dans notre ordre juridique, ce qui est contraire à l'article 8 de la CSDH et aux articles 3-1, 7 et 8 de la CIDE.

S'il est concevable que la France 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, la CEDH rappelle néanmoins que leur situation est à distinguer de celle des enfants, lesquels ne devraient, en aucun cas, être tenus responsables du choix de leur mode de procréation et subir les conséquences du refus de reconnaissance et d'établissement de leur filiation en droit français.

Outre le fait que le refus de reconnaissance de la filiation de ces enfants constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de leur identité, celui-ci serait susceptible d'entraîner d'autres atteintes au droit au respect de leur vie privée. La Cour mentionne ainsi le constat fait par le Conseil d'État qui a souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard d'un parent d'intention, l'enfant né à l'étranger par GPA ne peut hériter de ce dernier que s'il l'a institué comme légataire universel. Ses droits successoraux seront alors calculés comme s'il était un tiers, c'est-à-dire moins favorablement qu'un enfant conçu en dehors d'une convention de GPA, lequel aurait la qualité d'héritier réservataire.

L'arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014 est définitif depuis le 26 septembre 2014. Conformément à leurs engagements internationaux, en particulier aux articles 1 et 46 de la CSDH, les autorités nationales devraient s'y conformer. 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, les Etats parties ont rappelé que leur responsabilité première est de « *garantir l'application et la mise en œuvre effective de la Convention et, à cet égard* » ont réaffirmé « *que les autorités nationales et, en particulier, les juridictions sont les premiers gardiens des droits de l'homme permettant une application pleine, effective et directe de la Convention – à la lumière de la jurisprudence de la Cour – dans leur ordre juridique interne, et ce, dans le respect du principe de subsidiarité* ».

¹ CEDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, n°65192/11 ; *Labassée c. France*, 26 juin 2014, n°65941/11.

² CEDH, *Foulon et Bouvet c. France*, 21 juillet 2016, n°9063/14 et 10410/14

Dans un arrêt du 3 juillet 2015, la Cour de cassation a, à ce titre, tiré les conséquences des arrêts rendus le 26 juin 2014 par la CEDH, en cassant l'arrêt qui écartait une demande de transcription au seul motif que la naissance de l'enfant était l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA. Elle a ainsi considéré que la convention de GPA ne peut désormais plus faire obstacle à la reconnaissance de la filiation des enfants nés de ce mode de conception, faisant ainsi prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par l'article 3-1 de la CIDE, qui devrait être une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant³.

De même, la Cour de cassation a relevé, à l'aune de l'article 47 du code civil, qu'en « *ne constatant pas que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel avait violé les textes* ».

En effet, aux termes de cet article, « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ».

Au cas d'espèce, concernant l'enfant Z, les réclamants ont produit un acte de naissance dont la validité et la régularité ne sont nullement contestées. Par courrier du 7 mai 2015, le parquet près le TGI de A a opposé une décision de refus de transcription de l'acte de naissance.

Dans son mémoire du 6 janvier 2016, le parquet près le TGI de A considère que « *le fait d'indiquer dans cet acte américain l'identité de Madame X en qualité de mère, et non la mère porteuse américaine qui a accouché est un fait qui est bien contraire à la réalité comme en dispose l'article 47 du code civil* ». Il ajoute que « *cette réalité s'entend comme réalité biologique et comme réalité juridique puisqu'en droit français applicable, l'établissement de la filiation maternelle découle de l'accouchement* ».

Or, si l'on entend la réalité au sens de l'article 47 du code civil comme étant celle de la « *filiation légale* », celle-ci ressort de l'acte de naissance étranger établi conformément à la législation étrangère. En conséquence, la transcription de l'acte de naissance devrait être complète.

C'est en ce sens que s'est récemment prononcé le TGI de A dans une situation similaire d'un parent biologique et un parent d'intention. Le tribunal a ainsi jugé que les actes de naissance « *ont été régulièrement établis et correspondent à la réalité en ce qu'ils portent mention des seuls liens de filiation tant paternel que maternel reconnus aux enfants* »⁴.

Les requérants étaient fondés, selon le tribunal, à obtenir la transcription des actes de naissance litigieux, lesquels étaient reconnus comme étant probants au sens des dispositions de l'article 47 du code civil dès lors qu'il n'était ni établi, ni soutenu qu'ils avaient été dressés en fraude à la loi étrangère. Par ailleurs, il n'était ni justifié, ni soutenu que les enfants disposeraient d'autres filiations établies en contradiction avec celles qui ressortent des actes de naissance dont la transcription était sollicitée.

Le TGI de A a ainsi fait droit à la demande de transcription des actes de naissance mentionnant les parents indiqués dans l'acte étranger en tant que tels.

Suivant les deux jurisprudences précitées de la CEDH, l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait être interprété de manière à soutenir que l'enfant né à l'étranger d'une GPA puisse jouir

³ Cass .ass.pl.Pourvoi n° S14-21.323

⁴ TGI A, 17 septembre 2015, n°15/02603

d'une filiation complète identique à celle établie légalement à l'étranger, ainsi que d'une protection juridique rendant possible son intégration et son développement au sein de sa famille.

En ce sens, l'ordonnance rendue par le Conseil d'État, le 3 août 2016 a renforcé cette position. La Haute Cour administrative a motivé sa décision en ce que : « *La circonstance que la conception de cet [l'] enfant 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* ».

Toutefois, si la réalité au sens de l'article 47 du code civil devait être interprétée comme se limitant à la « *réalité biologique* », une transcription partielle de l'acte de naissance pourrait éventuellement être réalisée, dans la mesure où il n'est pas contesté que le père biologique de l'enfant est celui qui est mentionné dans l'acte étranger.

Le parquet de A souligne dans son mémoire du 6 janvier 2016 que « *la présomption de paternité qui en droit français ne peut bénéficier qu'aux enfants nés de l'épouse pendant le mariage, ne saurait s'appliquer en l'espèce du fait du défaut d'accouchement de celle-ci* ».

Or, s'il ne devait être fait qu'une interprétation stricte des arrêts *Mennesson* et *Labassee* confirmés par les arrêts *Foulon* et *Bouvet c. France* de la CEDH, les juges français devraient permettre aux enfants nés par GPA, d'obtenir, *a minima*, la reconnaissance et l'établissement du lien juridique de filiation à l'égard de leur parent biologique.

C'est en ce sens que s'était déjà prononcée la Cour de cassation en 2011⁵, et, plus récemment, la cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 7 mars 2016⁶. Dans cette dernière décision, les juges ont considéré que le refus de transcription de la filiation paternelle constituait une atteinte disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de sa vie privée et familiale.

La Cour d'appel de Rennes a ainsi ordonné la transcription partielle, mentionnant le père biologique, des actes de naissance des enfants concernés, à partir d'un acte étranger mentionnant, en qualité de parents, le père biologique et la mère dite d'intention, au motif que « *la réalité au sens de l'article 47 du code civil recouvre (...) tant une réalité factuelle au moment du jour de la naissance de l'enfant, qu'une réalité juridique, au jour où l'acte étranger a été dressé* ». La cour a considéré que « *s'agissant de la filiation paternelle des enfants, celle-ci est légalement établie selon le droit français, par l'effet de la loi, par application des articles 310-1 et 312 du code civil, ce dernier texte énonçant que l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ; que ce texte dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005, autorise à faire application de la présomption de paternité en l'espèce, malgré l'absence de maternité attribuée à l'épouse de M. Le R.* »

En l'espèce, l'acte de naissance de l'enfant Z apostillé et traduit, a été établi conformément à la législation californienne, et il ressort de la décision du 22 septembre 2014 de la Cour supérieure de l'Etat de Californie, que le réclamant, Monsieur X, mentionné dans l'acte de naissance étranger, est le « *père génétique et naturel de l'enfant* », l'enfant Z. Ce document mentionne Monsieur et Madame X en qualité de parents de l'enfant, lequel n'a aucune autre filiation juridiquement établie.

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n°09-66486.

⁶ CA de Rennes, 7 mars 2016, n°15/03855.

Aussi, le parquet près le TGI de A, lequel a sursis à la transcription de l'acte de naissance de l'enfant Z, pourrait, *a minima*, accepter la transcription partielle de cet acte afin de reconnaître le lien de filiation biologique avec le père.

Jacques TOUBON