

Paris, le 23 novembre 2017

---

## Décision du Défenseur des droits n°2017-325

---

### **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 européenne 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 X et Madame Y épouse X qui estiment que la décision du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes 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 européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDHLF) 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 la Cour d'appel de A, dans le dossier référencé sous le numéro de répertoire général XX/XXXXX.

Jacques TOUBON

---

## Observations devant la 6<sup>ème</sup> chambre – section A près la Cour d'appel de A présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

---

### Faits

Monsieur X et Madame Y épouse 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 XX XX XX , aux Etats-Unis.

L'acte de naissance, délivré par un officier de l'état civil américain, désigne Monsieur X en qualité de père de l'enfant et Madame Y en qualité de mère. Cet acte de naissance, apostillé et traduit, a été délivré à la suite d'un jugement du XX XX XX 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 Nantes.

Le 18 mars 2015, Monsieur et Madame X, par l'intermédiaire de leur conseil, Maître B, avocat au barreau de A, ont sollicité du procureur de la République près le TGI de Nantes 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 Nantes 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 Nantes.

Par décision n° MSP-MLD 2016-255 du 6 octobre 2016, le Défenseur des droits décidait de présenter des observations devant la 1<sup>ère</sup> chambre civile du TGI de Nantes.

Par décision du 24 novembre 2016, le TGI de Nantes a ordonné la transcription de l'acte de naissance de l'enfant Z, considérant notamment que « *le fait que la naissance de l'enfant soit la suite de la conclusion par les parents d'une convention de gestation pour autrui prohibée par l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte et ce dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne peut se voir opposer les conditions de sa conception et de sa naissance* ».

Le TGI de Nantes a ajouté qu'il « *n'est pas contesté que Monsieur X est le père biologique de l'enfant et bien porté sur l'acte de naissance de naissance comme père* », et que « *le fait que Madame X soit portée à l'acte de naissance en tant que mère alors qu'elle n'a pas accouché ne saurait, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que déterminé par la Cour européenne des droits de l'homme, justifier le refus de reconnaissance de cette filiation* ».

maternelle, qui est la seule juridiquement reconnue comme régulièrement établie dans le pays de naissance et qui donc correspond à la réalité juridique ».

Par déclaration au greffe en date du 13 décembre 2016, le ministère public a interjeté appel de cette décision.

C'est dans ce contexte que l'affaire est portée devant la Cour d'appel de A.

## **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 européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDHLF) et la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE).

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans les arrêts *Menesson* et *Labassée c. France* du 26 juin 2014<sup>1</sup>, 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 2016<sup>2</sup>, a confirmé cette position, en relevant que la France n'a toujours pas pris les mesures administratives et juridiques nécessaires depuis les décisions *Menesson* 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 CESDHLF 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

---

<sup>1</sup> CEDH, *Menesson c. France*, 26 juin 2014, n°65192/11 ; *Labassée c. France*, 26 juin 2014, n°65941/11.

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

moins favorablement qu'un enfant conçu en dehors d'une convention de GPA, lequel aurait la qualité d'héritier réservataire.

L'arrêt *Menesson 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 CESDHLF, 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* ».

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 concernant<sup>3</sup>.

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 Nantes avait opposé une décision de refus de transcription de l'acte de naissance.

Le parquet près le TGI de Nantes considérait que « *le fait d'indiquer dans cet acte américain l'identité de Madame Y épouse 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 ajoutait 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* ».

Dans ses écritures du 28 juillet 2017 établies dans le cadre de la présente instance, le ministère public affirme de nouveau cette position en considérant qu'il « *ne peut être argué que « la réalité » au sens de l'article 47 du code civil devrait être considérée comme une réalité juridique et non pas une réalité factuelle* ».

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.

---

<sup>3</sup> Cass .ass.pl.Pourvoi n° S14-21.323

Dans la présente affaire, par une décision du XX XX XX, le TGI de Nantes a ordonné la transcription complète de l'acte de naissance de l'enfant Z, dans les registres de l'état civil français.

S'appuyant explicitement sur les arrêts de la CEDH, et ce conformément à sa jurisprudence de l'époque, le tribunal a estimé qu'il « *n'est pas contesté que Monsieur X est le père biologique de l'enfant et bien porté sur l'acte de naissance de naissance comme père* », et que « *le fait que Madame X soit portée à l'acte de naissance en tant que mère alors qu'elle n'a pas accouché ne saurait, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que déterminé par la Cour européenne des droits de l'homme, justifier le refus de reconnaissance de cette filiation maternelle, qui est la seule juridiquement reconnue comme régulièrement établie dans le pays de naissance et qui donc correspond à la réalité juridique* »<sup>4</sup>.

Les requérants étaient ainsi fondés, selon le tribunal, à obtenir la transcription de l'acte de naissance litigieux, la régularité formelle de cet acte n'étant pas contesté au sens des dispositions de l'article 47 du code civil. Les époux X produisaient, en outre, un jugement de la Cour supérieure de l'Etat de Californie établissant la filiation de l'enfant Z, désignant Monsieur X « *comme père biologique* », et Madame X « *comme mère naturelle* ».

Depuis un arrêt du 12 décembre 2016, la Cour d'appel de A ordonne la transcription complète des actes de naissance légalement établis à l'étranger, après avoir souligné que l'absence de transcription d'un acte de naissance sur les registres de l'état civil – bien que facultative – prive l'enfant des droits attachés à la filiation, de faire valoir au quotidien son état civil et l'empêche d'exercer ses droits activement.

La Cour considère ainsi que le juge, saisi d'une telle demande, « *est tenu d'examiner la question à la lumière de l'article 8 [de la Convention], garantissant à l'enfant, dont l'intérêt supérieur est une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant en vertu de l'article 3 §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, le droit au respect de sa vie privée et familiale, et de dégager une solution qui permette de satisfaire le mieux à l'exigence d'objectivité, d'uniformité et de généralité de la règle énoncée à l'article 47 précité pour tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger* », ajoutant « *que la transcription de l'acte naissance est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant qui est de bénéficier de la protection et de l'éducation du couple parental, de la stabilité des liens familiaux et de la sécurité juridique lui permettant son intégration juridique complète dans sa famille et l'inscription sur le livret de famille de son père et de sa mère* »<sup>5</sup>.

La Cour a confirmé sa position dans un arrêt du 6 mars 2017<sup>6</sup> en considérant « *Qu'un refus de demande de transcription ne saurait être opposé à un droit régulièrement acquis à l'étranger, alors même que ce refus aurait pour conséquence de méconnaître le principe de continuité du statut personnel, de porter atteinte aux droits garantis par les conventions internationales ratifiées par la France, en particulier, le droit au respect de la vie privée et familiale des enfants* », ajoutant « *Que l'intérêt supérieur des enfants implique la reconnaissance de la situation constituée à l'étranger en conformité avec la loi étrangère afin de leur garantir sur le territoire national, le droit au respect de leur identité dont la filiation et la nationalité française, constituent un aspect essentiel (...)* »

---

<sup>4</sup> TGI de Nantes, 1<sup>ère</sup> ch.civ., 24 novembre 2016, n°15/06805

<sup>5</sup> CA Rennes, 12 décembre 2016, n°15/08549

<sup>6</sup> CA Rennes, 6 mars 2017, 16/00393

La Cour d'appel conclut, dans ces deux arrêts, « *qu'en recherchant la solution la plus adaptée à l'intérêt supérieur de l'enfant, comme sujet de droit, le juge contribue à la cohésion sociale, en mettant fin à l'incertitude et à l'insécurité juridique pesant sur le statut de enfants vivants avec un ou des parents français, nés à l'étranger dans un pays où la pratique de la gestation pour autrui est conforme à la loi, en faisant prévaloir le principe d'égalité de tous les enfants quelle que soit leur naissance, conformément à l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme qui interdit toute forme de discrimination, mais sans que toutefois, soit remis en cause le principe d'ordre public de prohibition de la gestation pour autrui en France affirmé aux articles 16-7 et 16-9 du code civil et réprimé à l'article 227-12 du code pénal* ».

En outre, 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 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.

Le Conseil d'Etat a renforcé cette position, par une ordonnance du 3 août 2016, en précisant 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* ».

Or, si la réalité au sens de l'article 47 du code civil devait être interprétée comme se limitant à la « *réalité biologique* », et s'il ne devait être fait qu'une interprétation stricte des arrêts *Menesson* et *Labassee* confirmés par les arrêts *Foulon* et *Bouvet c. France* de la CEDH, une transcription partielle de l'acte de naissance devrait être permise, a minima.

C'est en ce sens que la première chambre civile de la Cour de cassation, dans trois arrêts du 5 juillet 2017<sup>7</sup>, a tranché en jugeant que « *concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement* ».

La Cour de cassation considère désormais que l'acte de naissance étranger d'un enfant né d'une GPA peut être transcrit partiellement à l'état civil français, en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la mère, ajoutant que la transcription partielle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, dès lors que les autorités françaises n'empêchent pas ce dernier de vivre en famille, qu'un certificat de nationalité (CNF) lui est délivré et qu'il existe une possibilité d'adoption par l'épouse ou l'époux du père.

S'appuyant sur ces arrêts, le parquet général a demandé à la Cour d'ordonner la transcription partielle au registre de l'état civil français de l'acte de naissance de l'enfant Z « *avec la mention du seul nom du père Monsieur X* » estimant 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* ».

Néanmoins, et au-delà de cette « *réalité biologique* » affirmée par la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation dans les récents arrêts précédemment visés, il peut être noté que la même chambre de la Cour de cassation a reconnu dans une situation de possession d'état ne concernant pas des enfants issus d'une GPA que la « *réalité sociologique* » pouvait également constituer un facteur d'établissement de la filiation à l'égard d'un parent de fait.

---

<sup>7</sup> CCass, 1<sup>ère</sup> civ., 05 juillet 2017, n°15-28597, 16-16901, 16-50025

En effet, par un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2017,<sup>8</sup> la Cour de cassation, dans une affaire de contestation de paternité, a rappelé que le délai de forclusion prévu par l'article 333, alinéa 2, du code civil peut être interrompu par une demande en justice, conformément à l'alinéa 1 de l'article 2241 du même code. Par un « *obiter dictum* », la Cour de cassation a ainsi disposé qu'au-delà de ce délai, la prééminence de la vérité biologique ne saurait être invoquée, le législateur ayant choisi de faire prévaloir la réalité sociologique à l'expiration d'une période de cinq ans pendant laquelle le père légal, soit celui à l'égard duquel l'enfant bénéficie de la possession d'état, s'est comporté de façon continue, paisible et non équivoque comme le père de l'enfant, ce qui ne saurait être considéré comme contraire à l'intérêt supérieur de celui-ci. La Cour de cassation valide en conséquence le caractère irrecevable de l'action en contestation de paternité, fondée sur la réalité du lien biologique.

En l'espèce, et en tout état de cause, 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* », Z. Ce document mentionne Monsieur X et Madame Y en qualité de parents de l'enfant Z, lequel n'a aucune autre filiation juridiquement établie.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation souveraine de la Cour.

Jacques TOUBON

---

<sup>8</sup> CCass, 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> fév. 2017, 15-27245