

Paris, le 18 janvier 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-013

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 X et Madame Y épouse X qui estiment que les décisions du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Z portant refus de transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance des enfants A, B et C constituent une violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des articles 3-1, 7 et 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal de grande instance de Z, dans le dossier référencé sous le numéro de répertoire général xxxx.

Jacques TOUBON

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

Exposé des faits

Madame Y, de nationalité américaine, et Monsieur X, de nationalité française, ont saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative à la procédure de transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance étrangers de leurs trois enfants.

L'enfant A est né le xx xx xx à Denver (Colorado/ États-Unis). Son acte de naissance, établi le xx xx xx par un officier d'état civil américain, mentionne Monsieur X en qualité de père, et Madame Y, de nationalité américaine, en qualité de mère.

L'enfant B est née le xx xx xx à Aurora (Colorado/ États-Unis). Son acte de naissance, établi le xx xx xx par un officier d'état civil américain, mentionne Monsieur X en qualité de père et Madame Y, en qualité de mère.

L'enfant C est né le xx xx xx à Thornton (Colorado/États-Unis). Son acte de naissance, établi le xx xx xx par un officier d'état civil américain, mentionne également Monsieur X en qualité de père et Madame Y, en qualité de mère.

Ces trois actes de naissance sont apostillés et traduits.

Monsieur X a sollicité du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Z qu'il procède à la transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance des enfants A, B et C.

Par décisions des 19 septembre 2011 et 19 septembre 2013, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Z lui opposait une décision de refus pour les enfants A et B, aux motifs que lui et son épouse auraient eu recours à une convention de gestation pour autrui contraire à l'ordre public.

Le 14 août 2015, le parquet du tribunal de grande instance de Z s'opposait également à la transcription de l'acte de naissance de l'enfant C, au motif que l'acte de naissance désignait Madame Y comme mère de l'enfant, ce qui est contraire à la réalité.

Saisi par le Défenseur des droits de la situation des intéressés, le parquet du tribunal de grande instance de Z précisait le 24 janvier 2017 que :

« Dans l'attente du résultat de plusieurs pourvois pendants devant la Cour de cassation dans des situations analogues à celle des époux X, le parquet de Z n'entend pas revenir sur sa position. Il importe en effet de définir exactement la portée de l'article 47 du code civil et spécialement la notion de réalité visée par cette disposition légale ».

Le 24 avril 2017, Monsieur et Madame X assignaient le ministère public aux fins de transcription des actes de naissance des trois enfants A, B et C.

C'est dans ce contexte que ce dossier est porté devant votre juridiction.

Discussion juridique

Le refus de transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance des enfants A, B et C 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 et la Convention internationale des droits de l'enfant.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *Menesson* 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, dont la filiation est légalement établie à l'étranger, de faire reconnaître et établir le lien de filiation, notamment par la voie de la transcription de l'acte de naissance, de la reconnaissance de paternité, de l'adoption ou encore par l'effet de la possession d'état.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans les arrêts *Foulon* et *Bouvet c. France* du 21 juillet 2016² et *Laborie c. France* du 19 janvier 2017³, a confirmé cette position, en relevant que la France n'avait 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 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 gestation pour autrui par les autorités étrangères revient à lui nier cette qualité dans notre ordre juridique, ce qui est contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et aux articles 3-1, 7 et 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

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 Cour européenne des droits de l'homme 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.

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 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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 Cour EDH, *Menesson c. France*, 26 juin 2014, n°65192/11 ; *Labassée c. France*, 26 juin 2014, n°65941/11.

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

³ Cour EDH, *Laborie c. France*, 19 janvier 2017, (n°44024/13)

Dans deux arrêts du 3 juillet 2015⁴, la Cour de cassation a, à ce titre, tiré les conséquences des arrêts rendus le 26 juin 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme, en considérant que la convention de gestation pour autrui 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 Convention internationale des droits de l'enfant, qui devrait être une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant, ainsi que le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme.

La Cour de cassation a considéré qu'un acte de naissance étranger pouvait être transcrit dans les registres de l'état civil français dès lors que cet acte n'est pas « *irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés* » sont conformes à la réalité, tel que le dispose l'article 47 du code civil.

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 les enfants A, B et C, les réclamants ont produit un acte de naissance pour chacun d'entre eux dont la validité et la régularité ne sont nullement contestées.

Les 19 septembre 2011, 19 septembre 2013 et 14 août 2015, le parquet près votre tribunal s'opposait à la transcription des actes de naissance dans les registres de l'état civil français.

Dans ses écritures datées du 8 juin 2017 et établies dans le cadre de la présente instance, le ministère public affirmait de nouveau cette position en considérant que « *le fait d'indiquer dans ces actes américains l'identité de Madame Y épouse X en qualité de mère et non la mère porteuse américaine est un fait contraire à la réalité comme en dispose l'article 47 du code civil* », et précisant 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* ».

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 des actes de naissance devrait être complète.

Votre juridiction, dans une position constante depuis 2015, considère ainsi que le fait que soit mentionné sur l'acte de naissance la mère qui n'a pas accouché « *ne saurait à lui seul 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 correspond à la réalité juridique* »⁵, au sens de l'article 47 du code civil.

Faisant ainsi prévaloir la réalité juridique, votre tribunal ajoute que l'intérêt supérieur de l'enfant « *suppose également de pouvoir bénéficier de la protection et de l'éducation du couple parental, de la stabilité des liens familiaux et affectifs, ainsi que de la continuité de la communauté de la vie effective qu'il partage avec ses parents et enfin d'avoir un rattachement juridique tant à l'égard de son père que de sa mère, lui permettant son intégration complète dans sa famille et l'inscription sur le livret de ses parents* »⁶. Le Défenseur des droits souscrit

⁴ CCass.ass.pl., 3 juillet 2015, 14-21.323, n°15-50.002

⁵ TGI Nantes, 14 décembre 2017, n°16/04096

⁶ TGI Nantes, 14 décembre 2017, n°16/04096

au raisonnement du tribunal de grande instance de Z, qui permet de reconnaître au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, le statut juridique des parents d'intention tel que légalement inscrit dans l'acte de naissance étranger.

Suivant les jurisprudences précitées de la Cour européenne des droits de l'homme, l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait en effet être interprété de manière à soutenir que l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui 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 de la Cour européenne des droits de l'homme⁷, 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 2017⁸, confirmés les 29 novembre 2017⁹ et 14 mars 2018¹⁰ et faisant une lecture combinée de l'article 47 précité et du principe *mater semper certa est*, 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* ».

Depuis ces arrêts, la Cour de cassation considère ainsi que l'acte de naissance étranger d'un enfant né d'une gestation pour autrui 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 lui est délivré et qu'il existe une possibilité d'adoption par l'épouse ou l'époux du père.

Cependant, il est à relever que dans les faits de l'espèce, il existe un lien génétique entre les enfants et Madame Y, celle-ci ayant fait un don d'ovocytes.

En effet, en répliques signifiées le 9 janvier 2018, les demandeurs par l'intermédiaire de leur conseil, Maître D, ont maintenu leurs prétentions auprès du parquet du tribunal de grande instance de Z, faisant prévaloir que les trois enfants des époux X étaient nés « *après implantation dans l'utérus de chaque mère porteuse des ovules de Madame Y fécondés par le sperme de Monsieur X* ». Par ailleurs, le don d'ovocytes de Madame Y ne paraît pas être contesté.

Dès lors, compte tenu du lien génétique entre les enfants et Madame Y, la transcription partielle de l'acte de naissance étranger à l'égard du père ne semble pas suffire pour répondre

⁷ « *au regard de l'importance de la filiation biologique, 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* » (Cour EDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, n°65192/11, §100)

⁸ CCass, 1ère civ., 05 juillet 2017, n°15-28597, 16-16901, 16-50025

⁹ CCass, 1ère civ., 29 nov. 2017, n°16-50.061

¹⁰ CCass. 1re civ., 14 mars 2018, n° 17-50.021

aux exigences de l'article 8 de la Convention qui impose la reconnaissance de la filiation biologique.

La question de la reconnaissance d'une double filiation biologique à l'égard du père et de la mère d'intention dans le cadre d'une gestation pour autrui a d'ailleurs conduit le parquet à solliciter l'avis de la Cour de cassation dans la présente affaire puis cette dernière à saisir la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans ses nouvelles écritures datées du 11 avril 2018, et à l'aune de « *l'orientation prise par la Cour de cassation dans ses arrêts du 5 juillet 2017, tendant à exclure toute reconnaissance de la filiation maternelle de la mère d'intention [...] au motif de son absence d'accouchement, tout en instituant une présomption de paternité biologique à l'égard du mari* », le parquet du tribunal de grande instance de Z, a sollicité à titre principal l'avis de la Cour de cassation « *sur les effets juridiques susceptibles d'être tirés du constat de cette double filiation biologique des enfants à l'égard des deux époux dont l'identité est inscrite dans les actes de naissance étrangers* ». A titre subsidiaire, le parquet du tribunal de grande instance de Z a proposé une transcription partielle à l'égard de Monsieur X, « *à charge de son épouse de solliciter l'adoption plénière des enfants de son conjoint* ».

Puis, le 4 octobre 2018, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie par la Cour de réexamen des décisions civiles de deux demandes de réexamen de pourvois en cassation posant la question de la transcription d'actes de naissance établis à l'étranger pour des enfants nés de mères porteuses à la suite de la conclusion avérée ou suspectée d'une convention de gestation pour autrui, a estimé que l'étendue de la marge d'appréciation dont disposaient les Etats sur la nécessité au regard de l'article 8 de la Convention transcription des actes de naissance en ce qu'ils désignent la « *mère d'intention* », indépendamment de toute réalité biologique, demeure incertaine.

La Cour de cassation a ainsi décidé de surseoir à statuer sur les mérites du pourvoi et a adressé à la Cour européenne des droits de l'homme, une demande d'avis consultatif, le 16 octobre 2018, au terme du protocole n°16 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour supérieure française a notamment demandé un avis sur la question suivante :

En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa « mère légale » la « mère d'intention » alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le « père d'intention », père biologique de l'enfant, un Etat-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la « mère d'intention » ?

Le 3 décembre dernier, le collège de 5 juges de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a accepté la demande d'avis de la Cour de cassation. L'avis n'a pas encore été rendu.

S'agissant de la lecture actuelle de l'article 47 du code civil, dans une étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018¹¹, le Conseil d'Etat a considéré que la « *vision traditionnelle selon laquelle la mère est toujours certaine puisqu'elle accouche de l'enfant* »¹², sur laquelle se fonde l'interdiction posée par la Cour de cassation, « *peut ne plus être vraie* »

¹¹ Conseil d'Etat, section du rapport et des études, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*

¹² Article 311-25 du code civil : « *La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ».

et qu'une « *fragmentation de la maternité entre le lien génétique, le lien gestationnel et le projet parental fragilise nécessairement cette approche de la maternité comme une et évidente* ».

Ainsi, sous réserve de l'avis qui sera rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, et compte tenu de la jurisprudence constante de la Cour, la reconnaissance en qualité de parents aux personnes qui justifient d'un lien biologique avec l'enfant ne semble pas contraire à la réalité au sens de l'article 47 du code civil, notamment s'il est établi que la mère dite d'intention a fait don de ses ovocytes et que ceux-ci ont été utilisés pour la fécondation *in vitro* précédant la gestation pour autrui.

En tout état de cause, les actes de naissance des enfants A, B et C apostillés et traduits ont été établis conformément à la législation du Colorado. Ces documents mentionnent Monsieur X et Madame Y en qualité de parents des enfants A, B et C lesquels n'ont aucune autre filiation juridiquement établie.

A titre principal, il apparaît au Défenseur des droits qu'une transcription intégrale des actes de naissance des enfants de A, B et C devrait être effectuée.

A titre subsidiaire, la transcription partielle des actes de naissance des enfants A, B et C, devrait, *a minima*, être acceptée en raison de la présomption du lien de filiation paternelle biologique avec Monsieur X.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation de votre juridiction.

Jacques TOUBON