



COUR DE CASSATION

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 21 septembre 2018 à 9 heures 30

CONSEILLER-RAPPORTEUR : Mme Agnès MARTINEL

PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL : M. Philippe INGALL-MONTAGNIER

POURVOI N° : S 10-19.053

M. Dominique X... et Mme Sylvie Y... ép. X...
(Ayant pour avocats SCP Spinosi et Sureau)

C/

M. Le Procureur général près la cour d'appel de Paris

ARRÊT ATTAQUÉ : Cour d'appel de Paris du 18/03/2010

AVIS

de Monsieur le premier avocat général Philippe Ingall-Montagnier

= CASSATION =

La présente affaire est la première à revenir devant vous sur **renvoi de la Cour de réexamen des décisions définitives en matière civile**, dans le cadre institué par la loi du 18 novembre 2016 et le décret du 24 mars 2017.

Par arrêt en date du 16 février 2018, cette juridiction a en effet estimé devoir vous déférer l'arrêt en date du 6 avril 2011 par lequel la première chambre de notre Cour avait refusé la transcription à l'état civil français d'actes de naissance à l'étranger (Californie-Etats-Unis d'Amérique) d'enfants jumelles nées le [...] d'une gestation pour autrui (GPA), mode de procréation interdit en France, mais autorisé en Californie, sous contrôle judiciaire.

Il a été en effet considéré, sur avis conforme de l'avocat général, que les « mesures de satisfaction équitable » accordées ensuite de l'arrêt de la cour européenne des droits de l'homme en date du 26 juin 2014 (Req. N°65192/11) ayant jugé que le refus de transcription à l'état civil de la filiation établie à l'étranger constituait une violation de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés (CESDHL), ne pouvaient en aucune manière répondre aux attentes des requérants ni mettre un terme aux conséquences dommageables qu'ils subissaient de ce fait.

Ainsi, seul le réexamen du pourvoi initial des requérants est-il de nature à placer les intéressés en situation de faire valoir effectivement leurs droits en sollicitant les transcriptions souhaitées à l'état civil, dans le cadre et sous les conditions désormais fixées par la cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ainsi que par notre Cour depuis ses arrêts du 3 juillet 2015 et du 5 juillet 2017.

*

*

I - LE CONTEXTE PROCEDURAL

A- Filiation établie par voie judiciaire aux Etats-Unis :

– Par jugement de la cour suprême de Californie en date du 14 juillet 2000 il est dit que conformément à la loi locale, les requérants institués « père génétique » et « mère légale », deviennent les parents des enfants à naître, ces derniers étant portés par une mère gestatrice, dont il est indiqué qu'il lui a été implanté des gamète fécondées *in vitro* et constituées du matériel génétique du requérant ainsi que d'une amie du couple.

- En application de cette décision, les actes de naissance des deux enfants établis en Californie le 1^{er} novembre 2000 portent mention du nom du « père génétique » et de son épouse, « mère légale ».

B- Décision de réexamen du refus de transcription à l'état civil français :

C'est dans un tel contexte que les requérants ont sollicité la transcription en France des actes d'état civil américains des enfants.

A défaut de présentation d'un certificat d'accouchement, cette transcription a été refusée le 8 novembre suivant par le consulat de France à Los Angeles qui a transmis le dossier à l'Autorité judiciaire française. Le Parquet de Créteil, compétent à raison du lieu de résidence des intéressés a fait transcrire les actes de naissance litigieux au service de l'état civil central de Nantes le 25 novembre 2002, avant d'assigner les requérants le 16 mai 2003 aux fins de faire annuler ces actes sur le fondement des articles 16-7 et 16-9 du code civil.

A l'issue du règlement d'une contestation portant sur la recevabilité de l'action du Ministère Public, tranchée dans un sens affirmatif par la Cour de cassation (1^{ère} Civ, 17 décembre 2008, N° 07-20468), la Cour d'appel de Paris a, par arrêt du 18 mars 2010, fait droit à la demande du Parquet et annulé la transcription des actes de naissance.

La Cour de cassation a **rejeté le pourvoi des requérants**, motif pris notamment de ce que ne peut être transcrit un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère mais contraire à l'ordre public international français, selon lequel une naissance par voie de GPA ne saurait produire des effets au regard de la filiation (**1^{ère} Civ , 6 avril 2011, N°10-19053**).

C'est l'arrêt objet du présent réexamen sur le fondement de l'arrêt rendu par la CEDH le 26 juin 2014 qui avait retenu une violation de l'article 8 de la CESDHL, s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée.

C- La demande :

1- Dans le cadre du réexamen de leur pourvoi contre l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Paris en date du 18 mars 2010, **les requérants sollicitent** en leur nom et en celui des enfants mineurs :

- la **transcription intégrale des actes de naissance californiens** des enfants mineurs sur les registres de l'état civil français, dès lors que -selon eux- ces actes sont conformes à la réalité en ce qu'ils désignent les requérants comme père et mère des jumelles ;

- à titre **subsidaire**, si la Cour n'envisageait pas de faire purement et simplement droit à la demande, la **transmission à la CEDH d'une demande d'avis consultatif** sur le fondement du protocole N° 16 additionnel à la CESDHL.

2- À l'appui de leur demande, les requérants font valoir en substance :

1°) Qu'en l'état du droit tel que donné par la CEDH et par les arrêts d'Assemblée de la Cour de cassation en date du 3 juillet 2015, ni la conception française de l'ordre public international, ni même une éventuelle fraude ne permettent plus de s'opposer à la transcription sur les registres de l'état civil français d'un acte de naissance étranger lorsque la naissance résulte d'une convention de GPA ;

2°) Que les actes doivent être transcrits dans leur intégralité, c'est à dire en mentionnant tant le père que la mère déclarés, dans la mesure où ils sont conformes à la réalité de la décision de la cour suprême de Californie en date du 14 juillet 2000, ainsi au surplus qu'à la réalité de la possession d'état d'enfant légitime dont jouissent les filles.

* *

Les questions en cause concernent ainsi :

--> La force probante d'un acte d'état civil étranger ainsi que les conditions de sa transcription à l'état civil français au vu de l'article 47 du code civil et, cela, quand les mentions de l'acte résultent d'une décision de justice étrangère relative à l'état des personnes (dans un contexte au surplus où la référence au caractère illicite en France de la GPA ne saurait en soi fonder le refus de transcription, selon la jurisprudence en vigueur) ;

--> La définition en droit de la maternité.

* *

II- LE DROIT APPLICABLE

A- Au regard des conséquences de principe sur l'état civil d'une naissance par voie de GPA :

Sans qu'il y ait lieu ici à revenir sur les données et discussions d'ordre général et juridique sur la gestation pour autrui, amplement exposées et commentées à l'occasion des précédents de principe de 2014 et 2015, ainsi que des arrêts de juillet 2017, on rappellera les points suivants :

1- Il est acquis à la suite des **arrêts Labassée et Mennesson** de la **cour européenne des droits de l'homme** (26 juin 2014, numéros 65 192/11 et 65 941/11) que :

i- La marge d'appréciation de chaque État sur la position à adopter en matière de GPA, quoique importante, se trouve réduite s'agissant de l'aspect essentiel de l'identité des individus qu'est la filiation ;

ii- Dans ce domaine, les choix opérés par les Etats, sous le contrôle de la cour européenne des droits de l'homme, doivent faire primer les intérêts supérieurs des enfants (article 3 paragraphe 1 de la convention de New York), en particulier pour ce qui est de leur droit au respect de leur vie privée.

En outre, la **convention internationale des droits de l'enfant** stipule à cet égard que « si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats-parties doivent lui accorder l'assistance et la protection appropriées pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible (article 8-2°)

iii- Il ne saurait être établi de discrimination entre les personnes à raison de la naissance, y compris quand celle-ci est intervenue à la suite d'une GPA.

2- En application de cette interprétation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés, la Cour de Cassation a par **arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015** (N°14-21 323 et N° 15-50 002) autorisé la transcription sur les registres français d'état civil des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui.

En effet, il a été spécifié que **bien que la GPA soit nulle d'ordre public** aux yeux de la loi française (articles 16-7 et 16-9 du Code civil) **et pénalement réprimée** (articles 227-12 et 227-13 du code pénal), les **principes rappelés ci-avant doivent primer**, dès lors que les **actes de naissance étrangers** en cause **ne sont ni irréguliers ni falsifiés et correspondent à la réalité** au sens de l'article **47 du Code civil**, dans la mesure où

ils portent le nom du père, ainsi que celui de la femme ayant accouché.

B- Au regard des règles régissant les actes d'état civil et spécialement la transcription des actes établis à l'étranger :

1- Les actes et leur tenue:

a) Les **actes de l'état civil**, indispensables à l'établissement officiel et fiable de l'identité et de l'état des personnes physiques, sont, selon la formule bien connue de la Cour de cassation, " *les écrits dans lesquels l'autorité publique constate d'une manière authentique un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes*" (1^e civ, 14/6/1983 N° 82-13 247).

- **La transcription** est définie par la circulaire du garde des sceaux en date du 21 septembre 1955 modifiée, portant instruction générale relative à l'état civil (IGEC) comme l'opération par laquelle un officier d'état civil reporte sur les registres dont la tenue lui incombe un acte de l'état civil reçu ailleurs que dans sa circonscription, ou bien une décision judiciaire relative à l'état civil.

Comme le rappellent l'art. 7 du décret du 3 août 1962 modifié et la circulaire relative à l'état civil du 28/10/2011 (N°9), ne **peuvent bien évidemment être transcrites que les seules indications devant être portées à l'état civil français**, c'est à dire celles énoncées pour l'acte de naissance à l'article 57a1.1 du code civil.

- Sur un plan général, la **tenue des actes de l'état civil**, s'effectue sous le contrôle et la surveillance des procureurs de la République. Ces derniers doivent en particulier être consultés par les officiers d'état civil, auxquels ils donneront toute directive utile, en cas de difficultés juridiques, ou même de simple incertitude sur les diligences à accomplir.

Comme le rappelle l'IGEC, les instructions du Parquet ne préjugent évidemment pas des décisions au fond qui sont du ressort des juridictions judiciaires, seules compétentes *in fine* pour trancher le fond des questions d'état des personnes, au cas d'une quelconque demande ou contestation.

b) On notera que la transcription d'un acte étranger n'est pas obligatoire mais qu'elle présente un intérêt pratique évident, autant pour les autorités publiques que pour les démarches des personnes concernées.

2- L'article 47 du code civil dispose que tout acte de l'état civil des français et des étrangers, établi dans un pays étranger dans les formes usitées dans ce pays, **fait**

foi, sauf à ce qu'il résulte de tout élément et des vérifications entreprises que cet acte est irrégulier, falsifié ou retrace des **faits "qui ne correspondent pas à la réalité"**.

Ces actes sont donc présumés probants, sauf à ce que la preuve contraire en soit rapportée par tout moyen.

- On soulignera en outre que les actes d'état civil étrangers ne font foi que des constatations matérielles qu'ils comportent (date et lieu de la naissance par exemple), mais qu'en revanche ils ne préjugent en rien de ce que les règles de fond de l'acte en vigueur dans le pays d'établissement ont été dûment respectées.

De même, à l'égard du droit français, ils constituent des éléments de preuve de l'état d'une personne, purement déclaratifs et qui n'emportent pas par eux-mêmes de conséquences sur le fond.

- On rappellera enfin que les juges auxquels une contestation de la force probante d'un acte de l'état civil est soumise disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation à cet égard (1ère Civ, 15 mai 2013 N° 12-15.616).

3- Concernant les jugements étrangers :

L'on sait que, non soumis à exequatur en matière d'état des personnes, ils ne doivent cependant pas contrevenir à l'ordre public international français, ni être des instruments de fraude (par détournement de la loi par exemple).

Ainsi que l'a indiqué la cour européenne des droits de l'homme, il convient que l'intervention de l'ordre public international n'affecte pas de façon disproportionnée le droit des personnes à leur vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CESDHL. et soit également **proportionnée** au but poursuivi (Par exemple : CEDH 3 mai 2011 req. N° 56759/08, où il a été rappelé dans une affaire d'adoption d'un neveu par son oncle que "*les juges nationaux ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'art 8 de la Convention, ni refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient de facto et se dispenser d'un examen concret de la situation*").

III- DU REFUS DE TRANSCRIPTION DES ACTES DE NAISSANCE

A- Concernant la mention des noms des requérants en tant que parents des enfants:

1- Concernant la mère :

Comme on l'a vu, aux termes de l'article 47 du code civil, l'acte de l'état civil dressé à l'étranger ne peut faire foi si il apparaît qu'il est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

Or, il est établi devant les juges du fond que la femme déclarée comme mère n'est pas celle qui a accouché des enfants concernés. Dans ces conditions, **peut-on considérer que cet acte est conforme à la réalité ?**

a) La **définition de la "réalité"** donne lieu à **diverses interprétations** : il s'agit pour les uns de la réalité matérielle et factuelle, tandis que pour les autres il s'agit de celle résultant d'une construction juridique, voire de la réalité sociale, ou même de celle qui est ressentie par les personnes concernées.

Très discutée par les juristes, les spécialistes en sciences humaines, les philosophes et des groupes d'intérêts et d'opinion, la question suscite de nombreux débats qui ne trouvent pas de consensus et suscitent de nouvelles questions et incertitudes en chaîne.

Quoi qu'il en soit de l'importance et de l'intérêt de ces débats de société, notamment en vue de la recherche de solutions nouvelles à définir par le législateur dans l'avenir, ceux-ci n'ont pas vocation à résoudre la question à droit constant et ne permettent d'ailleurs pas de le faire avec certitude.

b) S'agissant de la résolution d'un litige soumis à la justice, il importe **de repartir du droit existant.**

À cet égard, il ressort des termes précités de l'article 47 du code civil, comme de l'économie générale du système d'état civil que, s'agissant de la naissance d'un enfant, la réalité de la **maternité** en droit français ne peut évidemment concerner que la désignation de la **femme ayant accouché** de l'enfant.

Tel est le sens du principe "***mater semper certa est***".

La **même acception** se déduit, parmi d'autres, des articles 311-14, 311-25, 325, et 332 alinéa premier du code civil:

- Ainsi, l'art.311-14 de ce code dispose que "la filiation est régie par la loi personnelle de la **mère au jour de la naissance de l'enfant**".

- De même, l'art. 311-25 prévoit que la filiation est établie à l'égard de la **mère** par la **désignation de celle-ci** dans **l'acte de naissance** de l'enfant.

- L'art. 325 spécifie que l'action en **recherche de maternité** est réservée à **l'enfant** qui est **tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché**.

- L'art. 332 permet la **contestation de maternité** sous condition de rapporter la preuve que la **mère n'a pas accouché** de l'enfant.

Ainsi, rien ne peut permettre de déclarer qu'un enfant est né d'une autre personne que de la femme qui l'a porté.

Contrairement à ce qui est avancé par les requérants, il ne s'agit donc évidemment pas de sanctionner le recours à la gestation pour autrui, mais simplement de ne pas reconnaître un mode d'établissement de la maternité inexistant en droit interne.

De même, il ne peut être considéré qu'il est pratiqué une différence de traitement injustifiée entre paternité et maternité, dans la mesure où, en l'état de la loi, l'homme et la femme à l'origine de l'opération de GPA ne sont pas dans la même situation, la paternité pouvant résulter d'une déclaration, (sous réserve d'une éventuelle contestation ultérieure), alors que la maternité ne peut résulter que de l'accouchement ou de l'adoption.

Enfin, il est indiqué qu'il apparaît regrettable que le nom de la mère porteuse soit privilégié dans un acte de naissance par rapport à celui de la mère d'intention alors que ce sont les parents d'intention qui ont voulu la naissance tandis que la mère gestatrice n'a pas l'intention de conserver de lien avec l'enfant. Toutefois, ces considérations de pur fait ne peuvent par elle-même faire échec à l'application du droit existant et ne sont pas suffisantes pour donner force de loi à l'intention des participants à un processus de GPA.

La reconnaissance du lien parental d'intention ne peut pas plus résulter d'une construction jurisprudentielle, une telle faculté étant du ressort du législateur.

c) **En l'espèce**, comme on l'a vu, les actes de naissance étrangers mentionnent comme mère non pas la personne ayant accouché des enfants, mais la personne désignée comme "mère légale" dans le jugement de la cour de Californie.

L'acte d'état civil étranger n'est donc pas conforme à la réalité factuelle de la maternité telle que décrite ci-avant.

Il ne peut donc en aucune manière être considéré comme probant concernant la désignation de la mère. Le fait inexact qu'il retrace ne peut en conséquence être transcrit tel quel.

d) Il n'apparaît pas plus possible de transcrire une mention non prévue ou non pertinente pour l'état civil français.

En effet, on l'a vu, les mentions à porter sur un acte de naissance sont limitativement énumérées à l'article 57 du code civil. On ne pourrait ainsi mentionner la religion dans un acte de naissance, quand bien même celle-ci serait portée sur un acte étranger.

De même, la notion de « maternité légale » judiciairement dévolue à la femme en faveur de laquelle la mère gestatrice a conféré ses "droits sur l'enfant", prévue par la législation californienne, est **inconnue de la législation française**.

Elle ne saurait donc être transcrite en ces termes dans un acte d'état civil.

C'est en ce sens que s'est prononcée la 1^{ère} chambre de la Cour dans ses arrêts du 5 juillet 2017 (N°15-28597,16-16901,16-16455, 16-16495, 16-1620052) aux termes desquels :

- en cas de GPA réalisée à l'étranger, l'acte de naissance peut être transcrit sur les registres de l'état civil français en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la "mère d'intention", commanditaire de la GPA et qui n'a pas accouché de l'enfant.
- la "dévolution de maternité" et l'abandon par la femme de ses "droits sur l'enfant", constatés par un jugement étranger en faveur de « *la mère légale* » ne permettent pas pour autant de déroger à la règle du droit français selon laquelle, hors le cas d'adoption, seule la femme ayant accouché peut être désignée à l'état civil en tant que mère.

e) Enfin, on remarquera qu'une réponse sur le fond à la question d'état en cause ne peut être apportée dans le cadre de la présente procédure qui ne concerne que le contenu et les modalités de mentions à transcrire.

2- Concernant la mention du nom du requérant en tant que père.

La présente action n'a, comme on le sait, pas pour objet de statuer sur le fond, mais seulement de déterminer si un acte d'état civil étranger est susceptible de transcription.

Ainsi, comme également jugé par la Cour de cassation dans ses arrêts précités du 5 juillet 2017, en l'absence de falsification ou d'éléments permettant de douter de la réalité de la paternité déclarée et retranscrite dans l'acte d'état civil étranger et donc de renverser la présomption d'exactitude de l'acte à cet égard, **aucun élément ne s'oppose à la transcription à l'état civil français de la paternité du requérant à l'égard des deux enfants concernées.**

B- Les objections soulevées par les requérants en regard du droit à la vie privée et à l'identité des enfants, ainsi qu'à la vie familiale apparaissent infondées.

1- D'une part en effet, quoiqu'il en soit du caractère fondamental du droit à la vie privée, à l'identité et à une vie familiale, ainsi que de la primauté de l'intérêt de l'enfant, ce qui est en cause ici concerne l'impératif de ne retranscrire à l'état civil que des faits exacts, conformes à la vérité, impératif qu'aucune considération n'autorise à transgresser.

S'agissant de déterminer si un fait est conforme à la réalité ou non et de décider sur cette base si il est susceptible de transcription sur un acte officiel français, il n'existe évidemment pas de possibilité de modulation ou d'application proportionnelle concevables : il est conforme ou il ne l'est pas.

Au surplus, comme également indiqué dans les arrêts précités de la Cour en date du 5 juillet 2017, la transcription partielle résultant du refus de transcrire le nom de la « mère d'intention », commanditaire de l'opération de GPA, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant dès lors que les autorités françaises ne l'empêchent pas de mener une vie familiale, qu'un certificat de nationalité lui est délivré et qu'il existe une possibilité d'adoption par le conjoint, c'est à dire –en l'occurrence- par la mère d'intention.

2- D'autre part, si il est de principe établi que les enfants issus de GPA ne sauraient être l'objet d'aucune discrimination à raison de leur naissance, à l'inverse la naissance par GPA n'autorise pas à porter à l'état civil des mentions contraires aux faits et à la réalité, notamment en indiquant faussement que la « mère d'intention » est la mère au sens de femme ayant accouché de l'enfant.

On ne peut faire acquérir à la « maternité d'intention » un statut juridique par cette voie non appropriée, ni suppléer de la sorte à **des solutions qui ne peuvent**

relever que du législateur et le cas échéant de conventions internationales, à l'issue d'un large débat de société.

C- Sur la justification d'une demande d'avis consultatif auprès de la CEDH :

Il ne semble **pas y avoir lieu** à suivre la suggestion des requérants tendant à ce qu'un avis consultatif soit sollicité de la CEDH sur le fondement du protocole N° 16 applicable depuis le 1^{er} août 2018.

Il n'apparaît en effet **pas actuellement de question de principe avérée ni simplement potentielle** qui résulterait de la confrontation entre les conceptions de la CEDH et de la Cour de cassation :

- cette dernière se conforme à la doctrine définie par la CEDH le 26 juin 2014 dans ses arrêts *Mennesson* et *Labassée*;

- la jurisprudence ultérieure de la CEDH ne donne pas de signe d'évolution complémentaire conduisant à censurer l'affirmation du principe "*mater semper certa est*", qui est l'enjeu central du débat.

Les Etats ne sont en particulier pas tenus de reconnaître ou établir un lien de filiation avec une "mère d'intention" et restent libres d'affirmer leur compétence exclusive pour reconnaître ou établir un lien de filiation au seul cas de lien biologique ou d'adoption régulière.

* * *

- Pour l'ensemble de ces motifs, il sera conclu à la **réformation de l'arrêt de la 1^{ère} chambre de la Cour** en date du 6 avril 2011 et à la **cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 mars 2010 en ce qu'il avait refusé la transcription de la paternité du requérant à l'état civil français.**

- Cette cassation partielle pourra être prononcée **sans renvoi.**

Elle n'implique en effet pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, s'agissant de la paternité présumée du requérant.

Il est en outre plus qu'évidemment d'une bonne administration de la Justice que la transcription de cette paternité soit ordonnée sans plus attendre sur les registres du service central de l'état civil.