ATF 148 III 245 | TF, 07.02.22, 5A_545/2020*

Lorsque, suite à une gestation pour autrui à l'étranger, la filiation de l'enfant avec les parents d'intention a été établie ex lege, *retranscrite dans un acte de naissance, et non par décision judiciaire, l'acte de naissance étranger ne constitue pas une décision susceptible de reconnaissance selon l'art. 70 LDIP. En l'absence d'une telle décision, la filiation doit être analysée sous l'angle du droit applicable selon l'art. 68 LDIP.*

Faits

Un couple marié composé d'une ressortissante suisse et turque et d'un ressortissant turc concluent un contrat de gestation pour autrui (GPA) avec une femme géorgienne. En 2019, la mère porteuse donne naissance à des jumeaux issus d'un don de sperme de l'époux ainsi que d'un don d'ovule de l'épouse. Dix jours après la naissance, le couple se rend en Turquie avec les nouveau-nés, lesquels sont enregistrés en tant que ressortissants turcs et enfants des époux. Plus de trois mois après, les époux rentrent en Suisse avec les jumeaux.

Entre temps, l'Ambassade de Suisse en Géorgie a transmis les actes de naissance des jumeaux établis à Tbilissi à l'office de l'état civil du canton de Zurich. Les documents indiquent le couple en tant que parents et la Turquie en tant que nationalité des jumeaux. Sur cette base, l'office de l'état civil zurichois inscrit alors l'époux en tant que père mais refuse d'inscrire l'épouse en tant que mère dans le registre de l'état civil. En lieu et place de l'épouse, l'office enregistre la mère porteuse en tant que mère des enfants. Enfin, une mention selon laquelle il y a eu recours à une maternité de substitution et l'indication de la mère porteuse et des époux en tant que donneurs de gamètes est ajoutée.

Sur recours des époux, des jumeaux et de la mère porteuse, la Direction de la justice et de l'intérieur du canton de Zurich ordonne la modification du registre de l'état civil afin que l'épouse soit indiquée en tant que mère des jumeaux et que ceux-ci aient la nationalité suisse, sans spécifier le type de relation en cause. L'Office fédéral de la justice forme un recours auprès du Tribunal administratif du canton de Zurich. Ce dernier ordonne alors l'inscription telle qu'effectuée en premier lieu – soit sans mention de l'épouse – au registre d'état civil.

Les époux, les jumeaux ainsi que la mère porteuse recourent alors au Tribunal fédéral, lequel est appelé à déterminer s'il peut être procédé à l'inscription du lien de filiation entre une mère d'intention (« *Wunschmutter* ») et ses enfants génétiquement liés nés par GPA dans le registre de l'état civil, sur la base d'un acte de naissance étranger.

Droit

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral se penche sur la question de savoir si les actes de naissances géorgiens sont susceptibles de reconnaissance en Suisse.

Selon l'art. 32 LDIP, une décision ou un acte étranger concernant l'état civil est transcrit dans les registres de l'état civil lorsque les conditions fixées aux art. 25 à 27 concernant la reconnaissance des décisions étrangères sont remplies. Le Tribunal fédéral relève toutefois qu'il convient de faire une distinction entre un acte de naissance – qui ne fait que constater un lien de filiation résultant de la loi – et une décision ou un autre acte ayant pour effet de former ou de modifier un droit. Seuls les derniers peuvent bénéficier du régime de reconnaissance de décisions étrangères. En ce qui concerne l'établissement d'un lien de filiation par naissance (art. 66 ss LDIP) comme par exemple en cas de filiation d'un enfant né d'une GPA, le simple enregistrement de liens de filiation étrangers ne relève ainsi pas de l'art. 70 LDIP, lequel régit la reconnaissance de décisions étrangères. Dans le cas de liens de filiation établis par la loi, c'est le droit applicable selon l'art. 68 LDIP qui est déterminant.

In casu, les actes de naissances géorgiens ne constituent pas une décision pouvant être reconnue selon l'art. 70 LDIP. En effet, dans le cas d'une GPA en Géorgie, les parents d'intention sont considérés *ex lege* comme parents légaux, ce qui exclut *ex lege* un lien de filiation avec la mère porteuse. Le fait que la notion de « décision » au sens de l'art. 25 LDIP soit interprétée de manière large par la doctrine n'y change rien.

En l'absence de décision susceptible de reconnaissance, la filiation *ex lege* des jumeaux doit donc être examinée en termes de droit applicable (art. 68 LDIP). Selon cette disposition, l'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant. Dans ce contexte, la résidence habituelle (art.

20 al. 1 let. b LDIP) doit être comprise comme le centre de vie de l'enfant. Celle-ci coïncide souvent avec le centre de vie d'au moins un des parents. Pour les nouveau-nés, les liens familiaux avec le(s) parent(s) qui s'en occupe(nt) constituent également un indice de la résidence habituelle. Les liens d'une mère avec un pays s'étendent ainsi régulièrement à l'enfant. Enfin, le moment décisif pour déterminer le droit applicable est celui de la naissance (art. 69 al. 1 LDIP).

En l'espèce, les parents d'intention sont domiciliés en Suisse depuis de nombreuses années. Après être allés en Géorgie pour la naissance des jumeaux, les époux ont passé trois mois en Turquie avant de revenir en Suisse. Le Tribunal fédéral considère toutefois ces séjours comme temporaires et non pertinents pour la question de la résidence habituelle des jumeaux. Dans la mesure où les parents d'intention s'occupent des enfants depuis leur naissance et qu'ils ont prévu de retourner dans l'État de leur propre centre de vie, soit en Suisse, c'est là que se situe leur résidence habituelle. La naissance en Géorgie ne fonde pas de résidence habituelle *in casu*, puisque tel ne serait le cas qu'en l'absence de résidence habituelle des enfants. Il n'est pas non plus possible de se fonder sur le droit de l'État de la résidence habituelle de la mère porteuse, puisque ce critère de rattachement n'est pas prévu par l'art. 68 LDIP. Enfin, l'origine turque des parents d'intention et des nouveau-nés ainsi que l'enregistrement en Turquie des liens de filiation correspondants ne sont d'aucune aide. En effet, l'art. 68 al. 2 LDIP n'est pas applicable car il convient de se rattacher à la nationalité effective – en l'occurrence suisse – de la mère (cf. art. 23 al. 2 LDIP).

Au vu ce qui précède, le droit suisse est pertinent pour l'établissement de la filiation des jumeaux.

Note

Par le présent arrêt, le Tribunal fédéral apporte une clarification bienvenue à la question de savoir si un acte de naissance étranger constitue une décision susceptible de reconnaissance, question débattue en doctrine. Certains auteurs, comme Kurt Siehr et Alexander R. Markus, sont du même avis que Tribunal fédéral (cf. Kurt Siehr/Alexander R. Markus, *in* Zürcher Kommentar zum IPRG, 3ème éd. 2018, N 16 ad art. 70 LDIP). En revanche, selon Tiffaine Stegmüller, lorsque seul un acte de naissance admettant la filiation

du ou des parents d'intention a été délivré par l'autorité étrangère, celui-ci doit être admis dans la notion de décision au sens de la LDIP (cf. Tiffaine Stegmüller, *Procréaction médicalement assistée transfrontalière et filiation de l'enfant*, 2020, N 599).

Comme le relève le Tribunal fédéral, ses arrêts précédemment rendus relatifs à la reconnaissance du lien de filiation suite à une gestation pour autrui à l'étranger (ATF 141 III 312, résumé *in* LawInside.ch/63 et ATF 141 III 328, résumé *in* LawInside.ch/90) portaient sur la reconnaissance d'un jugement étranger. Dans les deux arrêts précédents, la reconnaissance des jugements avait été refusée puisque jugée contraire à l'ordre public suisse. Puisqu'au contraire de cette jurisprudence, le présent arrêt concerne des actes de naissance uniquement, sans décision judiciaire, les raisonnement juridiques sous-tendant l'établissement de la filiation des enfants sous l'angle du droit suisse ne sont pas les mêmes.

Pour des commentaires de l'arrêt résumé, voir : Andreas Bucher, *Mater semper certa est en Géorgie*, *in* Jusletter, 16 mai 2022 et Lorène Anthonioz, La filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger, *in* Jusletter, 23 mai 2022.

La seconde partie de cet arrêt, traitant de l'établissement de la filiation des enfants nés par GPA selon le droit suisse face au principe 'mater semper certa est'*, fait l'objet d'un résumé séparé (cf. LawInside.ch/1205).*

Ce travail a été soutenu par le Pôle de recherche universitaire « Human Reproduction Reloaded » de l'Université de Zurich.

Proposition de citation : Marie-Hélène Peter-Spiess, Gestation pour autrui à l'étranger et filiation (1/2): le droit applicable en l'absence d'une décision susceptible de reconnaissance, in: https://lawinside.ch/1199/