ATF 141 III 328 | TF, 14.09.2015, 5A_443/2014*

Faits

Deux jumeaux naissent d'une mère porteuse en Californie. Le certificat de naissance indique en tant que parents un couple résidant en Suisse, lequel a fait appel à la gestation pour autrui (GPA). Aucun lien biologique n'existe entre les enfants et le couple. La mère génétique est une donneuse anonyme d'ovule et le père génétique un donneur anonyme de sperme.

Le couple demande à l'office de l'état civil du canton d'Argovie d'inscrire les deux enfants dans le registre de l'état civil. Celui-ci refuse la requête en faisant valoir que la GPA est interdite en Suisse et que la reconnaissance du lien de filiation serait dès lors contraire à l'ordre public.

L'*Obergericht* rejette le recours du couple, qui saisit alors le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile tendant à l'inscription des jumeaux dans le registre d'état civil.

Le Tribunal fédéral est appelé à déterminer si la reconnaissance d'un lien de filiation entre des parents d'intention (*Wunscheltern*) qui n'ont aucun lien génétique avec les enfants est ou non contraire à l'ordre public suisse.

Droit

L'indication du couple suisse dans le certificat de naissance se fonde sur un jugement californien précédant la naissance des jumeaux, lequel établit que les membres du couple seront « *legal and natural [father/mother]* » des enfants qui naitront de la mère porteuse. Cela correspond à la pratique actuelle en Californie.

L'argument central du couple repose sur une opinion largement soutenue dans la doctrine, qui consiste à considérer que les enfants n'ont pas à subir les conséquences du choix délibéré – certes juridiquement reprochable – de leurs parents d'intention.

Une décision ou un acte étranger concernant l'état civil est transcrit dans les registres de l'état civil en vertu d'une décision de l'autorité cantonale de surveillance en matière d'état

civil (art. 32 al. 1 LDIP). La transcription est autorisée lorsque les conditions fixées aux art. 25 à 27 LDIP sont remplies (art. 32 al. 2 LDIP). La compétence indirecte des autorités américaines est donnée, les enfants ayant acquis la nationalité américaine de par leur naissance dans le pays (art. 25 let. a, 26 let. a et 70 LDIP). Le jugement californien/l'acte de naissance étant définitifs (art. 25 let. b LDIP), seule doit être tranchée la question de la compatibilité de la reconnaissance du lien de filiation avec l'ordre public suisse (art. 25 let. c et 27 al. 1 LDIP).

La reconnaissance d'une décision étrangère n'est refusée que si elle est *manifestement* incompatible avec l'ordre public suisse. Le Tribunal fédéral précise que la notion doit être interprétée restrictivement afin d'éviter les rapports juridiques « boiteux » (*hinkende Rechtsverhältnisse*). L'interprétation sera d'autant plus restrictive que les relations avec la Suisse seront moindres (*Binnenbeziehung*). De même, la portée de la notion sera limitée lorsque la reconnaissance (en Suisse) d'une décision étrangère est demandée longtemps après que celle-ci a été rendue.

Il est incontesté qu'en l'espèce la décision étrangère s'écarte de la conception juridique Suisse, laquelle repose sur le principe fondamental de *mater semper certa est* (art. 252 al. 1 CC). L'interdiction de la GPA est en outre expressément prévue par la Constitution (art. 119 al. 2 let. d Cst.) et concrétisée dans la loi sur procréation médicalement assistée (cf. art. 4 LMP). Elle se justifie par des motifs de protection de la femme (risque de commercialisation de son corps) et du bien de l'enfant (risque qu'il soit réduit au statut de marchandise). Un assouplissement de l'interdiction n'est à ce jour pas en vue, ce qui témoigne qu'elle correspond à la vision juridique suisse actuelle.

Selon le Tribunal fédéral, la fraude à la loi est en l'espèce manifeste. L'intégralité du processus de conception a eu lieu aux USA dans le but manifeste de contourner l'interdiction d'avoir recours à la gestation pour autrui en Suisse, tout en requérant en même temps de la Suisse qu'elle reconnaisse des effets juridiques liés à ce procédé. Les liens avec la Suisse sont par ailleurs très importants, et ce, tant d'un point de vue temporel que territorial. Pour ce motif déjà, l'inscription des enfants dans le registre d'état civil est incompatible avec l'ordre public suisse.

Le Tribunal fédéral considère en outre que, même en l'absence d'une fraude à la loi, la relation enfants-parents ne pourrait pas être reconnue. Le Tribunal fédéral reconnait la proximité fonctionnelle entre la GPA faite en l'absence de tout lien biologique avec les parents d'intention et l'adoption. Dans les deux cas, il s'agit de la création d'un lien de filiation en l'absence de toute relation biologique avec les futurs parents. Lorsqu'une adoption a eu lieu à l'étranger, elle n'est pas reconnue en Suisse si les autorités étrangères ont omis de s'assurer que le bien de l'enfant dans la famille adoptive est respecté (cf. art. 78 al. 1 LDIP; TF, 09.11.2011, 5A_604/2009 c. 2.2.2.2). Or, le respect du bien de l'enfant ne fait l'objet d'aucune analyse par les autorités étrangères dans le cadre de la GPA. A cet égard, le Tribunal fédéral met en exergue que la reconnaissance du lien de filiation peut ne pas être toujours dans l'intérêt de l'enfant, par exemple lorsqu'au vu de leur âge, les parents d'intention ne paraissent pas à même de s'occuper de l'enfant. En l'espèce, le jugement californien n'est pas un jugement d'adoption et aucune analyse du bien de l'enfant n'a été entreprise (aptitude des parents d'intention, etc.). Ainsi, la reconnaissance du lien de filiation se heurterait en l'espèce à nouveau avec l'ordre public suisse.

En résumé, la reconnaissance d'un lien de filiation créé à l'étranger par la GPA en l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention est manifestement contraire à l'ordre public suisse. Le recours est ainsi rejeté.

Note

Dans la première décision rendue sur le thème, le Tribunal fédéral a retenu que seul devait être reconnu le lien de filiation à l'égard du père, lequel possédait un lien biologique avec l'enfant (TF, 21.05.2015, 5A_748/2014*). En l'espèce, le Tribunal fédéral refuse de reconnaitre tout lien de filiation, en soulignant l'absence de lien biologique des enfants avec les parents d'intention. Cette jurisprudence se fonde sur des récents arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme rendus contre la France (arrêts 65192/11 Mennesson ; 65941/11 Labassée).

A notre sens, le parallèle avec l'adoption est juridiquement discutable. Bien qu'on puisse saisir la proximité « fonctionnelle » entre la GPA en l'absence de tout lien biologique avec

les parents d’intention et l’adoption, l’argument ayant trait à l’analyse du respect du bien de l’enfant s’applique avec autant de pertinence à une GPA dans laquelle il existe un lien biologique entre l’enfant et un « parent ». En d’autres termes, on ne voit pas en quoi l’existence d’un lien biologique avec les *Wunscheltern* changerait quoi que ce soit au bien de l’enfant. En suivant la logique exposée par le Tribunal fédéral, la reconnaissance d’un lien de filiation devrait être refusée également en présence d’un lien biologique, dans la mesure où ce lien ne saurait être garant de la sauvegarde du bien de l’enfant par ses futurs parents. Pourtant, le Tribunal fédéral a déjà reconnu le lien de filiation entre l’enfant et le parent biologique dans le cadre d’une GPA (TF, 21.05.2015, 5A_748/2014*).

Enfin, rappelons que, dans le présent arrêt, le Tribunal fédéral évoque à tout le moins la possibilité pour les parents d’intention qui ne possèdent aucun lien biologique d’adopter les enfants issus de la GPA. De même, en cas de lien biologique avec l’un des parents, il existe pour l’autre la possibilité d’adopter par la suite l’enfant de son partenaire (« *Stiefkindadoption*« , *de lege lata* possible seulement pour un couple hétérosexuel).

Proposition de citation : SIMONE SCH RCH, L’importance du lien biologique dans la gestation pour autrui, in: https://lawinside.ch/90/