

Revue critique de droit international privé 2022 p.35

La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité « appréciée au regard de la loi française »...

Cour européenne des droits de l'homme (avis), 10 avril 2019, n° P16-2018-001 et Cour européenne des droits de l'homme, 18 mai 2021, n° 71552/17, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c/ Islande*

Christine Bidaud, Professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon 3 - Co-directrice du Centre de droit de la famille - Équipe Louis Josserand


L'essentiel

Résumé

La nouvelle loi bioéthique a été adoptée le 2 août 2021. La majeure partie des travaux a porté sur l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes seules, la possibilité d'accéder à l'identité du donneur de gamète, les recherches sur les embryons humains et d'autres questions relevant réellement de la bioéthique. Quant à la gestation pour autrui, le sujet s'est invité plus subrepticement dans les débats : il s'agissait de mettre un coup d'arrêt à la jurisprudence de la Cour de cassation sur la transcription des actes de naissance étrangers des enfants issus d'une gestation pour autrui.

Summary

A new bioethics law was passed on August 2, 2021, in France. Most of the discussions focused on the opening of medically assisted reproduction to female couples and single women, the possibility of identifying a gamete donor, research on human embryos, and other issues of genuine bioethical concern. As for surrogate motherhood, the subject has been introduced more surreptitiously into the debates : the aim was to break the jurisprudence of the Court of Cassation regarding the transcription of foreign birth certificates for children born as a result of surrogacy.

Élaborée au terme d'un processus législatif long et complexe, dont le déroulement sur fond de pandémie a encore augmenté les difficultés, la nouvelle loi bioéthique a été adoptée le 2 août 2021  (1). La majeure partie des travaux et des discussions a porté sur l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes seules, la possibilité d'accéder à l'identité du donneur de gamète, les recherches sur les embryons humains et d'autres questions relevant réellement de la bioéthique. Quant à la gestation pour autrui, les porteurs du projet de loi ont dès le début affirmé qu'il ne serait pas question de légaliser le processus en France et que la législation française ne serait pas modifiée sur ce point. Le sujet s'est pourtant invité dans les débats à l'initiative de la commission spéciale du Sénat et la Chambre haute a introduit un article 4 *bis* dans le texte qu'elle a adopté le 4 février 2020. Les sénateurs souhaitaient insérer après l'article 47 du code civil, un nouvel article 47-1 ainsi rédigé :

« Tout acte de l'état civil ou jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption, établissant la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut être transcrit sur les registres en ce qu'il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu'il mentionne deux pères.

Les dispositions du premier alinéa ne font pas obstacle à la transcription partielle de cet acte ou de ce jugement, ni à l'établissement d'un second lien de filiation dans les conditions du titre VIII du présent livre si celles-ci sont réunies. »

L'objectif est sans équivoque : au-delà du maintien de la prohibition de la gestation pour autrui en France, il s'agit de mettre un coup d'arrêt à la jurisprudence de la Cour de cassation sur la transcription des actes de naissance étrangers des enfants issus d'une gestation pour autrui. On rappellera en effet que depuis son arrêt d'Assemblée plénière du 4 octobre 2019⁽²⁾, la Haute juridiction permet la transcription intégrale des actes de naissance étrangers des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse. Dit autrement, il n'est plus exigé que le parent uniquement d'intention établisse son lien de filiation avec l'enfant en recourant à une adoption. Les jurisprudences postérieures à cet arrêt, présentant pourtant cette transcription intégrale comme une solution d'exception, n'ont fait que généraliser et assouplir cette possibilité en permettant une transcription intégrale de l'acte de naissance dès lors que le nom des deux parents porteurs du projet parental est inscrit sur l'acte étranger⁽³⁾, sans qu'aucune différence ne soit faite entre les couples de même sexe ou de sexe différent, sans qu'aucune considération ne soit portée sur le « type » de filiation (biologique ou d'intention). Pour les affaires en cours à l'époque, *i.e.* celles dans lesquelles une demande d'adoption par le conjoint du père avait déjà été formée, la Cour a accepté que ces adoptions soient prononcées alors même que le nom de la mère porteuse ne figurait pas dans l'acte de naissance étranger, ce qui peut tout de même faire naître quelques inquiétudes quant à la volonté de la mère porteuse de ne pas devenir mère légale. Pour la Haute juridiction, il semble que cette vérification ait été supposée faite par les autorités étrangères avant l'établissement de l'acte de naissance⁽⁴⁾... Par l'introduction de cet article 47-1 du code civil les sénateurs entendaient revenir à la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 4 octobre 2019 et n'autoriser que la transcription partielle de l'acte de naissance étranger, *i.e.* l'indication dans l'acte français résultant de la transcription du nom du père supposé biologique, son épouse ou son époux devant recourir à l'adoption pour établir son lien de filiation avec l'enfant. On remarquera qu'il n'était toutefois pas exigé par ce texte que la mère porteuse soit indiquée comme mère de l'enfant dans l'acte de naissance étranger, ce qui là aussi passait largement sous silence la question du consentement de la femme ayant porté l'enfant à l'adoption de celui-ci.

Transmis à l'Assemblée nationale, l'article 4 *bis* fut modifié par la commission spéciale qui lui substitua l'ajout d'une simple phrase à l'article 47 du code civil. Le texte initial ainsi rédigé « 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 » s'est vu compléter par la précision que « celle-ci (la réalité) est appréciée au regard de la loi française ». C'est cette nouvelle version du texte qui fut adoptée par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2020. Malgré une tentative de résistance du Sénat qui avait réintroduit le projet d'article 47-1 du code civil dans la version adoptée le 3 février 2021, l'Assemblée nationale eut le dernier mot et c'est finalement l'article 7 de la loi bioéthique qui complète l'article 47 du code civil en exigeant que les faits contenus dans les actes étrangers soient conformes à la réalité appréciée « au regard de la loi française ».

Il est avant tout permis de s'interroger sur la légitimité d'une loi relative à la bioéthique à modifier de manière aussi substantielle le texte relatif à la force probante des actes de l'état civil étrangers en France. Le texte du Sénat visait directement la gestation pour autrui et touchait donc à une question bioéthique. Le régime de réception en France des actes de l'état civil étrangers n'était modifié que dans une situation bien précise, *i.e.* lorsqu'il était question de la transcription d'un acte de naissance étranger relatif à un enfant issu d'une gestation pour autrui. Avec la nouvelle version de l'article 47 du code civil, non seulement tous les actes de l'état civil étrangers sont concernés, mais en plus, il ne concerne pas la transcription, mais la force probante. On ne voit plus guère de rapport avec la bioéthique : quel lien peut bien exister entre, par exemple, la force probante d'un acte de mariage étranger et la bioéthique...

On insistera ensuite sur le fait que le texte proposé par le Sénat ne concernait pas la force probante des actes de l'état civil étrangers, pas même celle de l'acte de naissance étranger d'un enfant issu d'une gestation pour autrui, mais uniquement la transcription d'un acte déterminé (l'acte de naissance) établi dans des circonstances particulières (la gestation pour autrui). Avec la nouvelle version de l'article 47 du code civil, il n'est nullement question de transcription mais de force probante, qui plus est de la force probante de tous les actes étrangers de l'état civil, quel que soit l'évènement auquel il se rapporte. Si l'on ne s'étonne plus de l'amalgame fait entre transcription de l'acte étranger de l'état civil sur les registres français et reconnaissance de l'état des personnes attesté par l'acte ⁽⁵⁾, on se désolera de constater que le législateur, du moins l'Assemblée nationale, ajoute encore à la confusion en mélangeant transcription et force probante des actes étrangers. Certes, ces deux notions s'entremêlent, s'entrecroisent et se chevauchent même parfois, mais elles ne sont pas synonymes. On rappellera, d'une part, qu'un acte non transcrit sur les registres de l'état civil français fait foi des éléments qu'il contient tant que sa force probante n'a pas été remise en cause pour l'un des motifs prévu à l'article 47 du code civil : l'irrégularité, la falsification ou le défaut de conformité des faits à la réalité aujourd'hui appréciée au regard de la loi française. D'autre part, la transcription sur les registres français d'actes de l'état civil étrangers n'est possible que pour les Français, alors que l'article 47 du code civil est relatif à la force probante des tous les actes de l'état civil étrangers, quelle que soit la nationalité du ou des intéressés.

Il ne fait pourtant guère de doute que l'objectif de l'Assemblée nationale était le même que celui du Sénat : bloquer la jurisprudence de la Cour de cassation permettant la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger d'un enfant issu d'une gestation pour autrui. Sinon, elle n'aurait pas inscrit l'article 7 de la loi bioéthique modifiant l'article 47 du code civil dans le titre I^{er}, *Élargir l'accès aux technologies disponibles sans s'affranchir de nos principes éthiques*, au chapitre 2 de celui-ci, *Reconnaître et sécuriser les droits des enfants nés d'une assistance médicale à la procréation*. Mais cet objectif peut-il être atteint en affirmant qu'un acte de l'état civil étranger perdra toute force probante si les faits qu'il contient ne sont pas conformes à la réalité « appréciée au regard de la loi française » ? Quant aux actes de naissance, ce serait bien vite oublier que la loi bioéthique a ouvert la possibilité d'établir un lien de filiation entre un enfant et deux femmes, donc deux mères, sans recourir à une adoption.... L'objectif pourrait bien être manqué (II), mais au-delà, la nouvelle version de l'article 47 plonge le système de réception en France des actes de l'état civil étrangers et de l'état des personnes dans l'incohérence la plus totale tant elle mélange les notions (I).

I - Un système incohérent

C'est d'abord l'expression même d'une exigence de conformité des faits déclarés dans les actes de l'état civil étrangers à la réalité « appréciée au regard de la loi française » que l'on peine à comprendre (A)... La confusion entre preuve et reconnaissance de l'état des personnes constaté ou constitué à l'étranger en est poussée à son paroxysme (B).

A - De l'exigence de conformité des faits déclarés dans les actes de l'état civil étranger à la réalité « appréciée au regard de la loi française » ...

En apparence, l'article 47 du code civil n'a pas été profondément bouleversé comme cela avait été le cas en 2003 ⁽⁶⁾ ou en 2006 ⁽⁷⁾. Il existe toujours une unique condition permettant aux actes étrangers de bénéficier de la force probante en France : ils doivent avoir été rédigés conformément aux formes usitées dans leur pays d'élaboration. Aussi ne faut-il pas interpréter trop strictement la jurisprudence de la Cour de cassation qui, en 1983, exigeait que le document étranger soit « un écrit dans lequel l'autorité publique étrangère constate, d'une manière authentique, un évènement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes » ⁽⁸⁾. Il ne s'agit nullement de rejeter des actes établis dans des formes ne correspondant pas strictement à la forme authentique française dès lors que les formes locales ont été respectées et que les autorités qui ont établi l'acte étaient investies du pouvoir de le faire par la loi étrangère. Des actes établis par des autorités religieuses ou encore des actes coutumiers ont ainsi pu être considérés comme probants dans la mesure où ils respectaient les formes étrangères ⁽⁹⁾. Cette vérification du respect des formes locales doit d'ailleurs être faite par les juges du fond en cas de contentieux impliquant un acte de l'état civil étranger ⁽¹⁰⁾.

Quant aux motifs de remise en cause de cette force probante ils sont toujours au nombre de trois : l'irrégularité, la falsification et le défaut de conformité des faits à la réalité. Les deux premiers n'ont subi aucune modification. L'irrégularité s'entend toujours comme le respect des règles de forme étrangères. En ce qui concerne l'absence de falsification, elle doit être prise non seulement au sens de l'absence de fraude documentaire « basique » que de fraude plus élaborée réalisée avec ou sans la complicité d'autorités locales ⁽¹¹⁾. En revanche, le troisième motif de remise en cause, le défaut de conformité des faits à la réalité, se voit compléter par la curieuse précision que cette réalité s'apprécie *au regard de la loi française*. S'agissant de faits, la logique commandait jusque-là d'interpréter cette expression en termes d'exactitude ou d'inexactitude : la personne est-elle bien née à telle date ? dans telle ville ? etc. ⁽¹²⁾ Mais comment comprendre cette exigence que des faits doivent être conforme à la réalité « appréciée au regard de la loi française » ? Il ne peut plus être question de la seule réalité factuelle. Compte tenu de la nouvelle précision, il ne peut s'agir que de réalité juridique, autrement dit, d'une correspondance entre « le fait » en cause et la définition qu'en donne le droit français. Et, même dans cette hypothèse, le terme de « fait » apparaît totalement erroné. Un fait est exact ou non, il ne peut correspondre à la définition que la loi française en donne. Surtout au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, *i.e.* la suppression de la transcription intégrale des actes de naissance des enfants nés d'une gestation pour autrui, on comprend que ce qui est visé est la filiation qui n'est pas un fait juridique. Certes, la réalité de l'accouchement fait défaut, mais ce fait n'est pas inscrit dans les actes de l'état civil. Les seules mentions sont relatives au nom des parents, qu'il s'agisse d'un père et d'une mère ou de deux pères et de l'indication de leur qualité de parent ou de père et mère selon les formules de rédaction utilisées par le droit étranger. Aussi, si des faits au sens strict du terme, sont inexacts, ils continueront bien sûr à ne pas être considérés comme probant, mais la nouvelle version de l'article 47 du code civil semble également inviter à vérifier que l'élément de l'état de la personne, quelle que soit sa nature, correspond à la définition que la loi française en donne. On ne peut alors que constater qu'il ne s'agit plus du tout de force probante, mais de contrôle de l'état des personnes constaté ou constitué à l'étranger.

B - La confusion entre preuve et reconnaissance de l'état des personnes constaté ou constitué à l'étranger

L'état d'une personne ne se réduit pas à des éléments identifiants tels que son nom, son prénom ou ses date et lieu de naissance. Il ne se limite pas non plus à de simples faits juridiques. Sont inclus également d'autres éléments beaucoup plus complexes comme le mariage, qui est un acte juridique, ou la filiation qui peut résulter de l'effet de la loi, d'une reconnaissance, d'une possession d'état ou encore d'une décision judiciaire. Tous ces éléments composant l'état des personnes sont certes inscrits dans des actes de l'état civil, mais chacun d'entre eux est gouverné par ses propres règles juridiques. Et lorsque l'état de la personne a été constaté ou constitué à l'étranger, ce sont les règles applicables dans cet État qui ont été appliquées, règles de conflit de lois et/ou droit substantiel selon les cas. L'intéressé dispose alors d'actes de l'état civil étrangers pour attester de « son » état de la personne constaté ou constitué à l'étranger, mais il ne s'agit que d'un instrument de preuve : les actes de l'état civil ne sont pas l'état des personnes, ils ne font qu'en témoigner. Ainsi, il est possible de prouver qu'un mariage a été célébré à l'étranger par la production d'un acte de mariage étranger, mais l'état d'époux ne sera pas nécessairement reconnu, par exemple s'il s'agit d'une union polygame impliquant un Français. Nul ne peut nier que ce mariage existe à l'étranger, mais il est sans effet en France.

Dès lors est-il possible de jouer sur la force probante des actes de l'état civil étranger pour empêcher la reconnaissance d'un élément de l'état des personnes ? Une réponse négative paraît évidente de prime abord, ne serait-ce qu'en raison de l'existence d'autres modes de preuve de l'état des personnes que les actes de l'état civil ⁽¹³⁾. La nouvelle exigence de conformité à la réalité française des éléments inscrits dans les actes de l'état civil change-t-elle cette acception ? Comment interpréter cette nouvelle précision au niveau des mécanismes et des raisonnements à suivre en droit international privé ?

On remarquera d'abord que la nouvelle version de l'article 47 du code civil invite à un raisonnement en termes de

qualification. En effet, en exigeant que l'élément inscrit dans l'acte étranger, soit conforme à la réalité « appréciée au regard de la loi française », le législateur oblige à s'interroger sur une sorte d'équivalence de définition de l'élément considéré dans le droit étranger et le droit français. Certes, en 1987 la cour d'appel de Paris ⁽¹⁴⁾ avait précisé que seuls les actes étrangers correspondant aux « événements » figurant sur les registres de l'état civil français pouvaient recevoir la qualification d'acte de l'état civil. Ainsi, seuls les actes étrangers constatant la naissance, le décès, le mariage, la reconnaissance d'enfant et, éventuellement, les actes d'enfant sans vie peuvent être qualifiés d'acte de l'état civil et bénéficier de la présomption de force probante énoncée à l'article 47 du code civil. Mais il ne s'agissait alors que d'écarter des actes constatant d'autres « événements » comme un acte de l'état civil d'adoption ⁽¹⁵⁾ ou encore un acte de l'état civil de reprise en mariage ⁽¹⁶⁾ et de les priver de la présomption de force probante prévue par l'article 47. Il n'a jamais été question de contrôler l'équivalence de définition d'un élément de l'état des personnes lorsque celui-ci fait, en France, l'objet d'un acte de l'état civil. Avec la nouvelle version de l'article 47, il y a un glissement évident d'une vérification de la qualification d'acte de l'état civil à un contrôle de l'état des personnes constaté ou constitué à l'étranger, ce qui dépasse très largement la seule question de la force probante des actes de l'état civil étranger.

On se demandera ensuite comment l'exigence de conformité à la réalité « appréciée au regard de la loi française » doit s'interpréter au regard des méthodes de raisonnement du droit international privé : méthode du conflit de lois et méthode de la reconnaissance. Le raisonnement conflictuel classique implique l'utilisation des règles de conflit pour déterminer le droit substantiel applicable. Si l'on prend l'exemple du mariage, l'article 202-1 du code civil fait dépendre les conditions de fond de la loi personnelle de chaque époux et l'article 202-2 rattache les conditions de fond à la *lex loci celebrationis*. Dès lors, si le mariage a été célébré à l'étranger, même relativement à des Français, il est tout à fait possible que la forme de ce mariage ait été religieuse ou coutumière si le droit étranger le prévoit. Si dorénavant la réalité de l'élément de l'état des personnes doit être appréciée au regard de la loi française, faut-il exiger que les conditions de forme du mariage prévue par la loi étrangère soient les mêmes que celles prévues dans le droit français ? Cela viderait de son sens le mécanisme même des règles de conflit de lois et reviendrait à exiger que le droit étranger soit identique en substance au droit français. Si cette exigence de conformité à la loi française n'est requise que pour la force probante de l'acte de mariage et non pour la validité du mariage, le résultat est tout aussi absurde. Le mariage serait valable puisque célébré conformément aux lois substantielles désignées par les règles de conflit, mais l'acte de mariage ne serait pas probant puisque le mariage ne correspondrait pas à la définition française qui implique une célébration civile.

En ce qui concerne la méthode de la reconnaissance, elle consiste en substance à laisser produire ses effets en France aux éléments de l'état des personnes constatés ou constitués à l'étranger sans vérification des lois appliquées par les autorités étrangères, dès lors que l'ordre public français en matière internationale n'est pas atteint. L'exigence de conformité « appréciée au regard de la loi française » est-elle une nouvelle condition de reconnaissance à respecter pour que l'élément de l'état des personnes puisse produire effet en France ? Dans l'affirmative, cela touche à l'essence même de la méthode de la reconnaissance et la réduit à néant puisqu'il faudrait alors vérifier les lois appliquées par les autorités étrangères. Et si l'on dissocie la reconnaissance de l'état des personnes de la force probante de l'acte de l'état civil étranger, le résultat est le même qu'avec la méthode du conflit de lois, au moins en ce qui concerne le mariage. Il sera possible de considérer un mariage célébré en la forme coutumière valable puisque les lois appliquées au fond et à la forme ne seront pas vérifiées, mais l'acte de mariage ne sera pas probant puisque la définition du mariage sera différente dans le droit français et dans le droit étranger pour ce qui concerne la forme de sa célébration. Sauf à considérer que l'exigence de conformité à la réalité appréciée au regard de la loi française est une nouvelle composante de l'ordre public français en matière internationale... Dans cette hypothèse, non seulement le mariage ne serait pas reconnu, mais en plus l'acte de mariage ne serait pas probant.

Jouer sur la force probante des actes de l'état civil pour bloquer la transcription des actes de l'état civil étranger sur les registres français est effectivement possible puisqu'un acte jugé non conforme à l'article 47 du code civil ne pourra être transcrit sur les registres de l'état civil français. Il suffit de regarder la jurisprudence de la Cour de cassation en matière

de nationalité pour s'en convaincre⁽¹⁷⁾. Mais il y a dans cette solution un mélange totale entre preuve et reconnaissance de l'état des personnes et, au-delà, une assimilation de l'opération de transcription à une « procédure » de reconnaissance de l'état des personnes⁽¹⁸⁾. Le fait de ne pas être en possession d'un acte de l'état civil probant au sens de l'article 47 ne fait pas disparaître l'état de la personne : elle est toujours une personne vivante, née quelque part, à une certaine date, enfant de tels parents, mariée ou divorcée de telle personne, etc. mais elle n'est pas en mesure d'en rapporter la preuve au moyen d'un acte de l'état civil étranger. Assimiler force probante des actes de l'état civil étrangers et reconnaissance de l'état des personnes reviendrait à dire qu'il n'est pas possible d'exister juridiquement sans acte de l'état civil probant, ce qui confine au rétablissement de la mort civile... Quant à la transcription, on l'a dit, elle n'est possible que pour les Français, alors que les questions de preuve et de reconnaissance de l'état des personnes concernent également des étrangers. On le voit, non seulement la confusion des notions règne, mais au-delà le système est incohérent.

Surtout, l'objectif poursuivi par l'assemblée nationale (*i.e.* limiter la transcription des actes de naissance étrangers des enfants issus d'une gestation pour autrui et, partant, obliger le parent d'intention à reconstruire sa filiation en France en recourant à l'adoption⁽¹⁹⁾) peut-il être atteint par l'introduction dans l'article 47 du code civil de cette exigence de conformité à la réalité « appréciée au regard de la loi française » ? Rien n'est moins sûr...

II - Un objectif manqué

Confrontée à la nouvelle réalité juridique française du droit de la filiation (A), il n'est pas du tout certain que la modification de l'article 47 du code civil empêche systématiquement la transcription intégrale des actes de naissance étrangers des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse (B).

A - La nouvelle réalité juridique française du droit de la filiation

L'article 6 de la loi bioéthique a créé un article 342-10 du code civil au terme duquel la procréation médicalement assistée avec tiers donneur est aujourd'hui accessible aux femmes non mariées ainsi qu'aux couples de femmes, quel que soit le statut juridique du couple. En ce qui concerne l'établissement du lien de filiation envers ces deux femmes, les deux premiers alinéas du nouvel article 342-11 prévoient que « Lors du recueil du consentement (par le notaire) prévu à l'article 342-10, le couple de femmes reconnaît conjointement l'enfant. / La filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25. Elle est établie, à l'égard de l'autre femme, par la reconnaissance conjointe prévue au premier alinéa du présent article. Celle-ci est remise par l'une des deux femmes ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance ». Le droit français permet donc aujourd'hui l'établissement de deux liens de filiation envers deux femmes sans passer par une adoption.

En ce qui concerne la mère qui a accouché, on ne peut passer sous silence la déformation des notions les plus essentielles du droit français de la filiation. L'article 342-11 renvoie en effet lui-même à l'article 311-25 qui affirme 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 », alors même que les deux mères ont l'obligation de faire une reconnaissance prénatale conjointe. Sauf à constater que le législateur mélange consentement à la procréation médicalement assistée et établissement de la filiation par reconnaissance ou à imaginer que la femme qui accouchera envisagerait de ne pas indiquer son nom dans l'acte de naissance de l'enfant, on peine à comprendre la logique de ces dispositions. Pour la femme qui portera l'enfant, le résultat n'est rien d'autre qu'une reconnaissance d'enfant prénatale obligatoire qui n'établit pas la filiation puisque celle-ci est établie par indication du nom de la mère dans l'acte de naissance...

Quant à l'établissement du lien de filiation de la mère qui n'a pas accouché, le législateur a fait le choix, après diverses hésitations et propositions des commissions spéciales, de ne pas créer de nouveau mécanisme et de recourir au système

bien connu de la reconnaissance d'enfant. Cette reconnaissance permet l'établissement du lien de filiation dès la naissance de l'enfant puisqu'elle a été faite de manière prénatale et qu'elle doit être remise à l'officier de l'état civil dès la déclaration de naissance. Du point de vue des mentions contenues dans l'acte de naissance, le nom des deux mères sera inscrit. Il est donc possible aujourd'hui en droit français, non seulement d'avoir un double lien de filiation monosexuée envers deux mères dès la naissance de l'enfant, mais aussi, de désigner en tant que mère dans l'acte de naissance d'un enfant né sur le territoire français, et probablement de nationalité française dans la quasi-totalité des cas, une femme qui n'a pas accouché. Certes, le législateur a pris le soin de limiter cette possibilité aux processus d'aide médicale à la procréation entrepris par un couple de femmes et uniquement pour celle qui ne porte pas l'enfant. Mais cette précision ne modifie pas la nouvelle réalité juridique du droit français de la filiation : il est aujourd'hui possible en France d'être la mère juridique d'un enfant sans l'avoir porté, ni adopté. Or, on l'a dit, l'exigence de conformité ne peut pas s'entendre des seuls faits, elle concerne tout élément de l'état des personnes et elle n'a pas trait à la seule réalité factuelle, elle concerne la réalité juridique. Il est évident qu'un acte de naissance étranger précisant expressément que la mère d'intention a accouché serait écarté en raison de son caractère mensonger : il contient un fait inexact. Mais la plupart du temps, les actes de naissance étrangers, comme les actes de naissance français eux-mêmes (20), ne font pas état du fait qu'est l'accouchement. Ils indiquent uniquement le nom du père et de la mère ou du « parent n° 1 » et du « parent n° 2 ». Dès lors, ils ne contiennent pas de faits inexacts et l'on ne peut s'attacher qu'à la réalité juridique du lien de filiation dont ils témoignent.

Si l'on s'interroge plus avant, lorsque le nouvel article 47 du code civil prévoit que le contenu de l'acte étranger doit être conforme à la réalité « appréciée au regard de la loi française » pour être probant, exige-t-il de vérifier les modalités d'établissement du double lien de filiation maternelle prévu par le droit étranger ? Faut-il impérativement que le droit étranger prévoit une reconnaissance d'enfant prénatale par la mère qui n'a pas accouché ? Cela impliquerait de mettre à l'écart des actes étrangers dressés dans des États prévoyant d'autres systèmes d'établissement du double lien de filiation maternelle dès la naissance ce qui n'aurait guère de sens. Pourquoi refuser toute force probante à un acte de naissance belge attestant d'un double lien de filiation maternelle résultant de la présomption de comaternité prévue à l'article 325/2 de leur code civil lorsque les deux mères sont mariées ? La même remarque peut être faite au regard d'un acte québécois, leur législation interne prévoyant également la présomption de comaternité pour les couples de femmes mariés ou unis civilement (C. civ. Québécois, art. 538.3). Il n'est guère concevable de prendre en compte le mode d'établissement de la filiation prévu par le droit étranger, la seule réalité juridique à laquelle il est possible de s'attacher est non seulement la possibilité d'avoir deux mères inscrites dans l'acte de naissance d'un enfant sans recours à une adoption, mais aussi celle d'inscrire comme mère une femme qui n'a pas accouché sans égard pour le mode d'établissement de la filiation. Reste à savoir si cette nouvelle réalité juridique française du droit de la filiation aura des conséquences sur la transcription des actes de naissance étrangers des enfants issus d'une gestation pour autrui.

B - Une transcription intégrale des actes de naissance étrangers des enfants issus d'une gestation pour autrui toujours possible ?

À titre liminaire, on relèvera que la forme juridique du couple ayant eu recours à l'assistance d'une mère porteuse n'a aucune conséquence sur la possibilité de transcription de l'acte de naissance de l'enfant en France. Peu importe que les intéressés soient mariés, liés par un partenariat enregistré (PACS français ou partenariat étranger) ou concubins. On l'a dit, il n'est pas possible de s'attacher aux modes d'établissement de la filiation prévus par le droit étranger quand bien même ils seraient différents suivant la forme juridique du couple. Dès lors, que cette filiation résulte d'une déclaration devant un juge, d'une décision judiciaire, d'une reconnaissance d'enfant ou de tout autre mode d'établissement que le droit étranger pourrait prévoir n'importe pas. On ne s'attachera qu'à la qualité de père ou de mère inscrite dans l'acte de naissance de l'enfant.

En revanche, il paraît nécessaire de distinguer deux cas de figure selon que le couple ayant eu recours à la gestation

pour autrui à l'étranger est un couple de sexe différent ou de même sexe.

S'il s'agit d'un couple hétérosexuel, aucune vérification ne sera entreprise afin de s'assurer que le père désigné dans l'acte de naissance de l'enfant est bien le père biologique. L'acte de naissance fera la preuve de sa paternité et, sauf contestation de l'existence de ce lien de filiation à l'étranger, rien ne s'oppose à la transcription de l'acte sur ce point : le nom du père peut être mentionné dans l'acte français résultant de la transcription. La question est plus délicate quant à la mère d'intention. Du point de vue de la réalité factuelle, elle n'a pas accouché. Mais le nouvel article 47 du code civil n'exige pas une conformité à la réalité factuelle, mais à la réalité « appréciée au regard de la loi française ». Dans la mesure où la loi française permet aujourd'hui de désigner en tant que mère dans l'acte de naissance une femme qui n'a pas accouché, cet acte étranger de naissance est bien conforme à la réalité telle qu'appréciée au regard de la loi française et est donc probant. Rien ne s'oppose alors à sa transcription dans la mesure où l'existence d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger n'est plus en elle-même un motif de refus de transcription⁽²¹⁾. Refuser la transcription intégrale de cet acte de naissance, *i.e.* refuser d'inscrire la mère d'intention comme mère de l'enfant dans l'acte français, reviendrait à dire qu'un enfant peut avoir une « mère juridique » qui n'a pas accouché lorsqu'il naît en France au terme d'un processus de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, mais qu'il ne peut pas avoir une « mère juridique » qui n'a pas accouché lorsqu'il est né à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, alors même que dans certains cas la mère d'intention est aussi la mère biologique de l'enfant... Certes, l'interdit de la gestation pour autrui existe toujours dans le droit français, mais lorsque celle-ci a été réalisée à l'étranger, comment cet interdit pourrait-il ne pas être un obstacle à la transcription de la filiation paternelle, mais empêcher la transcription de la filiation de la mère d'intention qui n'a pas accouché ? Comment justifier une telle différence de traitement entre les mères qui n'ont pas accouché ? Cela ne paraît guère possible.

Plus complexe est la question de la transcription de l'acte de naissance étranger d'un enfant issu d'une gestation pour autrui lorsque le projet parental a été porté par un couple d'hommes. En effet, la force probante des actes de l'état civil étrangers étant conditionnée par la réalité « appréciée au regard de la loi française », il faudrait que le droit français contienne une disposition permettant l'établissement d'un double lien de filiation paternelle sans recours à une adoption pour que l'acte étranger soit considéré comme probant. Un tel texte n'existant pas, il sera dénué de force probante et il ne devrait pas pouvoir être intégralement transcrit. Il faudrait alors revenir à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation et n'autoriser que la transcription partielle de l'acte, *i.e.* l'inscription du nom du père biologique dans l'acte de naissance français résultant de la transcription. Le « second père » devrait alors entamer une procédure d'adoption pour reconstruire son lien de filiation en France. Du point de vue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, cette solution ne pose pas de difficulté en tant que telle. En effet, la juridiction strasbourgeoise ne condamne pas les États qui refusent de reconnaître la parenté d'intention lorsqu'il n'existe pas de lien biologique entre l'enfant et ses parents dès lors que les mesures nécessaires ont été prises pour permettre à cet enfant d'avoir une vie familiale avec ses parents⁽²²⁾. Au-delà, dans son avis du 10 avril 2019⁽²³⁾, la Cour EDH avait précisé que le lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention devait pouvoir être établi, notamment par la voie de l'adoption, mais qu'il n'y avait pas d'obligation pour les États de procéder à la transcription intégrale de l'acte de naissance de l'enfant. Rendu à propos d'une gestation pour autrui réalisée par un couple de sexe différent, cet avis est parfaitement transposable aux couples de même sexe.

Il naîtrait alors une différence de traitement selon que le couple ayant recouru à la gestation pour autrui pour réaliser son projet parental est un couple d'hommes ou un couple de sexe différent. La volonté maintes fois affirmée du législateur de traiter de manière parfaitement égale les couples de même sexe et les couples de sexe différent s'accorde bien mal avec une telle divergence de solution. Quant à la Cour EDH, on l'a dit, elle n'oblige pas les États à transcrire intégralement les actes de naissance étrangers des enfants issus d'une gestation pour autrui. En revanche, il est probable qu'elle sanctionne un État qui ne permet la transcription intégrale que lorsque les parents sont de sexe différent. Une discrimination entre les différents types de couple pourrait être invoquée, tout comme une discrimination entre les enfants pourtant tous issus d'une gestation pour autrui puisque dans un cas la filiation existant à l'étranger envers le

parent d'intention ne sera pas remise en cause, alors que dans l'autre il sera nécessaire de recourir à une adoption pour que cette filiation existe en France. On conçoit difficilement que la Cour de cassation s'oriente vers une telle solution et l'on peut espérer qu'elle maintienne sa jurisprudence actuelle [📄](#)(24).

La proposition d'article 47-1 du code civil du Sénat n'aurait pas laissé d'autre choix qu'un retour à la jurisprudence antérieure tant le texte était clair. La modification de l'article 47 du code civil, *i.e.* l'exigence de conformité des « faits » contenus dans les actes étrangers à la réalité « appréciée au regard de la loi française », est bien plus floue et n'impose pas le refus de transcription intégrale des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse. En revanche, la nouvelle version du texte rend le système de réception en France des actes de l'état civil et de l'état des personnes constaté ou constitué à l'étranger totalement incohérent.

Espérons qu'une nouvelle réforme ne tardera pas trop à venir et que celle-ci créera enfin un système cohérent prenant soin de dissocier, d'une part, la force probante des actes de l'état civil étranger de la reconnaissance de l'état des personnes, d'autre part, l'opération de transcription d'une action permettant la reconnaissance de l'état des personnes, cette dernière étant actuellement inexistante. En outre, cette réforme devra être globale pour être efficace, la crise actuelle de l'état civil et, au-delà, de la circulation internationale de l'état des personnes dépasse largement la seule question de la gestation pour autrui. L'actualité judiciaire regorge de jurisprudences relatives à des actes de l'état civil étrangers dans de nombreux domaines : droit de la nationalité, prestations sociales, contentieux des mineurs isolés, des titres de séjours etc. La construction d'un véritable système avec des règles claires et des actions en justice déterminées est plus qu'urgente.

Mots clés :







ETAT CIVIL * Acte étranger * Reconnaissance * Loi bioéthique n° 2021-1017 du 2 août 2021


JUGEMENT ET ACTE ETRANGERS * Reconnaissance * Etat civil * Loi bioéthique n° 2021-1017 du 2 août 2021


(1) Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. V. égal. Cons. const., 29 juillet 2021, n° 2021-821 DC [📄](#), AJDA 2022. 42 [📄](#), note X. Bioy [📄](#) ; *ibid.* 2021. 1658 [📄](#) ; D. 2021. 1547, obs. C. const. [📄](#) ; AJ fam. 2021. 448, obs. A. Dionisi-Peyrusse [📄](#) ; RFDA 2021. 939, note J.-P. Camby [📄](#). Sur lesquelles v. V. Depadt, La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : panorama, JCP N sept. 2021. 1272.




(2) Cass., ass. plén, 4 oct. 2019, n° 10-19.053 [📄](#), D. 2019. 2228 [📄](#), note H. Fulchiron et C. Bidaud [📄](#) ; *ibid.* 1985, édito. G. Loiseau [📄](#) ; *ibid.* 2000, point de vue J. Guillaumé [📄](#) ; *ibid.* 2423, point de vue T. Perroud [📄](#) ; *ibid.* 2020. 506, obs. M. Douchy-Oudot [📄](#) ; *ibid.* 677, obs. P. Hilt [📄](#) ; *ibid.* 843, obs. RÉGINE [📄](#) ; *ibid.* 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke [📄](#) ; *ibid.* 1696, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire [📄](#) ; AJ fam. 2019. 592 [📄](#), obs. G. Kessler [📄](#) ; *ibid.* 481, point de vue L. Brunet [📄](#) ; *ibid.* 487, obs. A. Dionisi-Peyrusse [📄](#) ; RTD civ. 2019. 817, obs. J.-P. Marguénaud [📄](#) ; RTD civ. 2019.R 841, obs. A.-M. Leroyer [📄](#) ; *ibid.* 2020. 459, obs. N. Cayrol [📄](#).

(3) V. spécial. Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-11.815 [📄](#) et n° 18-12337, D. 2020. 426 [📄](#), note S. Paricard [📄](#) ; *ibid.* 506, obs. M. Douchy-Oudot [📄](#) ; *ibid.* 843, obs. RÉGINE [📄](#) ; AJ fam. 2020. 131 [📄](#) ; *ibid.* 9, obs. A. Dionisi-Peyrusse [📄](#) ; RTD civ. 2020. 81, obs. A.-M. Leroyer [📄](#) ; Dr. de la famille n° 2, févr. 2020, comm. 39, J.-R. Binet ; JDI 2020, comm. 8, J. Heymann et F. Marchadier ; *Adde* S. Bollée et B. Haftel, L'art d'être inconstant - Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui, Rev. crit. DIP 2020. 267 [📄](#). Civ. 1^{re}, 18 nov. 2020, n° 19-50.043 [📄](#), D. 2020. 2289 [📄](#) ; *ibid.* 2021. 657, obs. P. Hilt [📄](#) ; *ibid.* 762, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat [📄](#) ; AJ fam. 2021. 54, obs. C. Latil [📄](#) ; RTD civ. 2021. 115, obs. A.-M. Leroyer [📄](#) ; Dr. fam. 2021. Chron. 2, A. Gouttenoire et F. Marchadier ; JCP n° 4, 25 janv. 2021, 81, C. Marilly. Civ. 1^e, 13 janv. 2021, n° 19-17.929 [📄](#), Dr. de la famille n° 4, avr. 2021, comm. 53., V. Egéa.


(4) Civ. 1^{re}, 4 nov. 2020, n° 19-50.042  et n° 19-15.739 , D. 2021. 499, obs. M. Douchy-Oudot  ; AJ fam. 2020. 664  ; *ibid.* 616, obs. A. Dionisi-Peyrusse  ; RTD civ. 2021. 115, obs. A.-M. Leroyer . *Adde*, Civ. 1^{re}, 2 juill. 2021, n° 20-10.721 et n° 20-10.722.


(5) Sur la transcription, v. C. Bidaud, La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français : cesser de déformer et enfin réformer..., Rev. crit. DIP 2020. 247 .


(6) Loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : P. Lagarde, Note sur les modifications du droit de la nationalité contenues dans la loi du 26 novembre 2003, Rev. crit. DIP 2004. 533 .

(7) Loi n° 2006-1376, du 14 nov. 2006, relative au contrôle de validité des mariages ; v. not. P. Brunel, Le contrôle de la validité du mariage des Français à l'étranger, AJ fam. 2006. 440  ; C. Bidaud-Garon et C. Nourissat, Des conditions du mariage des Français à l'étranger : variations sur la forme et sur le fond, AJ fam. 2006. 447  ; V. Larribau-Terneyre, Conformité à la Constitution de la loi sur le contrôle de la validité des mariages, Dr. fam. 2007, comm. n° 1 ; A. Leborgne, Contrôle de la validité des mariages : une loi de plus !, RJPF 2007-3/10, p. 8 ; A.-M. Leroyer, Validité des mariages - contrôle, RTD civ. 2007. 191 .

(8) Civ. 1^{re}, 14 juin 1983, *Suhani c/ Venture*, Rev. crit. DIP 1983. 316, note B. Ancel.


(9) Par ex. : Bastia, 7 mai 1859, S. 1860, 2, p. 333 ; Paris, 30 janv. 1877, S. 1879, p. 417 ; Civ. 1^{re}, 24 févr. 1959, D. 1959. 485, note P. Malaurie ; Req. 7 juill. 1835, S. 1835, p. 939 ; Aix-en-Provence, 20 mars 1862, S. 1862, 2, p. 37 ; Paris, 18 mai 1994, Rev. crit. DIP 1995. 563, note Droz  ; Civ. 1^{re}, 5 déc. 1955, JCP 1956, IV, 5.

(10) Pour un rappel de cette obligation par la Cour de cassation, V. Civ. 1^{re}, 10 janv. 2018, n° 17-50.005 .

(11) Sur la question de la fraude en matière d'état civil, v. le rapport réalisé par Madame I. Guyon-Renard, La fraude en matière d'état civil dans les pays membres de la CIEC, Rev. crit. DIP 1996. 541 . Cette étude a été actualisée en décembre 2000 (v. www.ciec1.org) ; Circulaire du 1^{er} avril 2003 relative à la fraude en matière d'actes de l'état civil étrangers produits aux autorités françaises, CIV 2003-03 C/01-04-2003, NOR : JUSC0320085C, Bull. Off. Min. Jus. n° 90, 1^{er} avr.-30 juin 2003 ; Recommandation n° 9 relative à la lutte contre la fraude documentaire en matière d'état civil, adoptée par l'assemblée générale de Strasbourg le 17 mars 2005, www.ciec1.org. *Adde* P. Lagarde, La fraude en matière de nationalité, in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ 2014. 511.

(12) V. par ex. Civ. 1^{re}, 24 janv. 2018, n° 16-11.494 , relatif à un prénom et une date de naissance erronés.



(13) Sur cette question v. T.-H. Groud, La preuve en droit international privé, PUAM, 2000 ; et E. Fongaro, th., La loi applicable à la preuve en droit international privé, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 423, 2004. *Adde* E. Fongaro,

Des conflits de lois en matière de preuve, Rev. crit. DIP 2018. 80  et C. Bidaud, Preuve de la nationalité et actes de l'état civil étrangers, in « La nationalité : enjeux et perspectives », Actes du colloque organisé à l'occasion des 20 ans de la Convention européenne sur la nationalité à l'Université de Rouen, Dir. A. Dionisi-Peyrusse, F. Jault-Seseke, F. Marchadier et V. Parisot, éd. Varenne, 2019, p. 299.


(14) Paris, 15 déc. 1987, D. 1988. IR 25. V. aussi, IGEC n° 486-3.

(15) On relèvera que ce type d'acte existe toutefois dans l'état civil coutumier kanak et est prévu par la Délibération n° 424 du 3 avril 1967, JONC, 27 avr. 1967, p. 360.













(16) V. art. 124 du code de la famille marocain.





(17) V. par exemple, Civ. 1^{re}, 10 févr. 2021, n° 19-50.066 , D. 2021. 923, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke . *Adde*, C. Bidaud, Preuve de la nationalité et actes de l'état civil étrangers, préc.










(18) Sur ce point, v. C. Bidaud, La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français : cesser de déformer et enfin réformer..., préc.




(19) Sur la distinction entre reconnaissance et reconstruction, v. H. Fulchiron et C. Bidaud, Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la CEDH, Rev. crit. DIP 2015. 1 .





(20) Pour les modèles d'actes de naissance, v. les circulaires NOR : JUSC1119808C du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation et NOR : JUSC1412888C du 23 juillet 2014 relative à l'état civil.

(21) Sur ce point, v. CEDH, avis consultatif, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001 , AJDA 2019. 788  ; *ibid.* 1803, chron. L. Burgorgue-Larsen  ; D. 2019. 1084 , note H. Fulchiron  ; *ibid.* 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke  ; *ibid.* 2020. 506, obs. M. Douchy-Oudot  ; *ibid.* 677, obs. P. Hilt  ; AJ fam. 2019. 289, obs. P. Salvage-Gerest  ; *ibid.* 233, obs. A. Dionisi-Peyrusse  ; RTD civ. 2019. 286, obs. J.-P. Marguénaud  ; *ibid.* 307, obs. A.-M. Leroyer  ; et Cass., ass. plén., 4 oct. 2019, *op. cit.*

(22) CEDH 18 mai 2021, n° 71552/17 , *Valdís Fjölnisdóttir et autres c/ Islande*, AJ fam. 2021. 497, obs. J. Houssier  ; *ibid.* 320, obs. A. Dionisi-Peyrusse  ; RTD civ. 2021. 628, obs. A.-M. Leroyer  ; Dr. de la famille n° 9, sept. 2021, comm. 128, A. Panet-Marre ; JCP n° 22, 31 mai 2021, 567, F. Sudre.

(23) CEDH, avis consultatif, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001 , AJDA 2019. 788  ; *ibid.* 1803, chron. L. Burgorgue-Larsen  ; D. 2019. 1084 , note H. Fulchiron  ; *ibid.* 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke  ; *ibid.* 2020. 506, obs. M. Douchy-Oudot  ; *ibid.* 677, obs. P. Hilt  ; AJ fam. 2019. 289, obs. P. Salvage-Gerest  ; *ibid.* 233, obs. A.

Dionisi-Peyrusse  ; RTD civ. 2019. 286, obs. J.-P. Marguénaud  ; *ibid.* 307, obs. A.-M. Leroyer .

(24) Le tout récent arrêt rendu par la CJUE (gde ch., 14 déc. 2021, aff. C-490/20 , D. 2022. 331 , note L. d'Avout et Rebecca Legendre  ; AJ fam. 2022. 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse ) semble également appeler au maintien de l'actuelle jurisprudence de la Cour de cassation, au moins lorsque l'acte de naissance de l'enfant aura été délivré par un État membre de l'Union européenne.

Copyright 2022 - Dalloz – Tous droits réservés