

GE_GERICHTE ATA/1347/2017 vom 3. Oktober 2017

GE Cour de justice, 2017-10-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1347_2017

FR: GE_GERICHTE ATA/1347/2017 du 3 octobre 2017

IT: GE_GERICHTE ATA/1347/2017 del 3 ottobre 2017

Erwägungen

E. 1

Selon l'art. 90 al. 2 de l'ordonnance fédérale sur l'état civil du 28 avril 2004 (OEC - RS 211.112.2), les décisions de l'autorité de surveillance peuvent être attaquées devant les autorités cantonales compétentes. Le département est l'autorité de surveillance de l'état civil (art. 5 de la loi sur l'état civil du 19 décembre 1953 - LEC - E 1 13). En application de l'art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), il appartient à la chambre administrative de statuer, aucune autre loi cantonale n'accordant cette compétence à une autre autorité (ATA/171/2010 du 16 mars 2010).

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 LOJ ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

E. 2

Les écritures des recourants contiennent, en dernière page, l'indication « interrogatoire des parties » et « témoignage ».

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (ATF 137 IV 33 consid. 9.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_265/2016 du 23 mai 2016 consid. 5.1 et les arrêts cités).

Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte

- 8/19 - A/4267/2016 déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_119/2015 du 16 juin 2015 consid. 2.1 ; 2C_481/2013 du 30 mai 2013 consid. 2.1 ; ATA/643/2016 du 26 juillet 2016 et les arrêts cités).

b. En l'espèce, pour autant qu'il faille comprendre des termes « interrogatoire des parties » et « témoignages » que les recourants sollicitent des actes d'instruction, ceux-ci seront rejetés. En effet, la chambre de céans estime être suffisamment renseignée sur les éléments pertinents du litige pour le trancher, sans procéder à des actes d'instruction complémentaires.

E. 3

L'objet du litige porte sur le refus de l'autorité intimée de reconnaître le jugement de parentalité de F_____ du 9 mars 2016 et d'inscrire dans le registre de l'état civil suisse un lien de filiation entre l'enfant C_____ et M. A_____, père d'intention et partenaire enregistré de son père biologique.

E. 4

Le DSE conteste la qualité de partie de Mme D_____, au motif que cette dernière, mère porteuse n'ayant aucun lien génétique avec l'enfant et n'étant pas la mère légale de ce dernier selon les droits américain et suisse, n'aurait aucun intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte attaqué soit annulé ou modifié.

a. Aux termes de l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir les parties à la procédure ayant abouti à la décision attaquée (let. a), ainsi que toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b). Les let. a et b de cette disposition doivent se lire en parallèle. Ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/1070/2016 du 20 décembre 2016; ATA/623/2016 du 19 juillet 2016).

b. Cette notion de l'intérêt digne de protection est identique à celle qui a été développée par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 103 let. a de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 et qui était, jusqu'à son abrogation le 1er janvier 2007, applicable aux juridictions administratives des cantons, conformément à l'art. 98a de la même loi. Elle correspond aux critères exposés à l'art. 89 al. 1 let. c de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, en vigueur depuis le 1er janvier 2007 (LTF - RS 173.110) que les cantons sont tenus de respecter, en application de la règle d'unité de la procédure qui figure à l'art. 111 al. 1 LTF (arrêts du Tribunal fédéral 2C_68/2015 du 13 janvier 2016 consid. 4.2 ; 2C_180/2015 du 19 octobre 2015 consid. 2.1.1 ; Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 p. 4126 ss et 4146 ss). Selon l'art. 89 al. 1 LTF, a qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est

- 9/19 - A/4267/2016 particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c).

c. En l'espèce, Mme D_____ était partie à la procédure antérieure. À teneur des pièces produites par les recourants, sa motivation dans la démarche était de permettre à MM. B_____ et A_____ d'avoir un enfant. Elle était partie du principe que tous deux seraient reconnus comme parents légaux de l'enfant. Son but serait donc de s'assurer aujourd'hui que les enfants auxquels elle avait donné naissance aient le droit d'avoir MM. B_____ et A_____ comme leurs parents légaux.

La question de l'éventuel intérêt digne de protection de Mme D_____ peut toutefois souffrir de demeurer ouverte, les trois autres recourants ayant la qualité pour recourir.

E. 4.1

= JdT 2005 I 183; François KNOEPFLER/Philippe SCHWEIZER/Simon OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3ème éd., 2005, N 353; Andreas BUCHER/Andrea BONOMI, Droit international privé, 3ème éd. 2013, N 275 s.). Afin d'éviter les rapports juridiques boiteux, la réserve de l'ordre public restera d'autant plus une

exception que le lien du cas d'espèce avec la Suisse est ténu et que le temps écoulé entre l'établissement de l'acte ou de la décision et l'examen est long (Simon OTHENIN-GIRARD, L'inscription des décisions et des actes étrangers à l'état civil, in: REC 1998 p. 167 ss, et les références citées ; ATF 126 III 101 consid. 3b = JdT 2000 II 41, 48).

b. D'après le droit suisse, la filiation maternelle résulte de la naissance. Le rapport de filiation n'existe qu'à l'égard de la mère qui porte l'enfant (art. 252 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210), conformément à l'adage « mater semper certa est ». En l'état actuel du droit, le don d'ovules et d'embryons ainsi que toutes les formes de maternité de substitution sont interdits (art. 119 al. 2 let. d de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101) ; art. 4 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 - LPMA - RS 810.11). Dans son message sur la LPMA, le Conseil fédéral a considéré comme décisif « le fait que la procréation médicalement assistée ne doit pas donner naissance à des rapports familiaux qui s'écartent de ceux que la nature rend possibles » (Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle – Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26.6.1996 (FF 1996 III 197), n. 322.12). C'est sur la base de ce même principe de certitude de la maternité que le don d'embryon et la maternité de substitution (ou GPA) ont également été interdits (Lisa MARGOT, le droit à la connaissance des origines de l'enfant né de procréation médicalement assistée, FamPra 2017 p. 701).

Selon l'art. 2 let. k LPMA, on entend par maternité de substitution le fait qu'une femme accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement. L'interdiction de la maternité de substitution est motivée par la protection de la femme par rapport à une instrumentalisation et par la protection du bien de l'enfant (art. 7 respectivement 11 al. 1 Cst. et art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant - CDE - RS 0.107). La mère biologique (mère porteuse) ne doit pas être exposée à un conflit entre le lien psychique qui la lie à son enfant et l'engagement qu'elle a pris envers les parents d'intention et l'enfant doit être protégé du risque d'être dégradé au rang de marchandise que l'on peut commander à des tiers (Message du Conseil fédéral relatif à la LPMA, FF 1996 III 197, 273 ch. 324.203).

- 11/19 - A/4267/2016

c. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer, dans deux arrêts récents (ATF 141 III 312 = JdT 2015 II p. 351 ; ATF 141 III 328 = JdT 2016 II p. 179), sur la question de la reconnaissance en Suisse d'une décision étrangère établissant un lien de filiation entre un enfant né de mère porteuse et ses parents d'intention. Le premier de ces deux arrêts concerne un état de fait relativement similaire au cas d'espèce : un couple de partenaires enregistrés, de nationalité suisse et domiciliés en Suisse, demandait la reconnaissance d'un jugement de parentalité de F_____ établissant un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui, son père biologique et le partenaire enregistré de ce dernier (parent d'intention).

Le Tribunal fédéral a considéré que de nier une violation de l'ordre public obligerait les autorités d'application du droit à accepter comme fait accompli un lien de filiation établi par

une fraude à la loi. Ainsi, le recours à la réserve d'ordre public se justifiait au motif qu'une reconnaissance aurait pour conséquence d'encourager le tourisme procréatif et de rendre largement inopérante l'interdiction nationale de la maternité de substitution (ATF 141 III 312 consid. 5.3.3 et 5.3.4). Il a ensuite examiné si les droits de l'enfant découlant de la CEDH et de la CDE permettaient d'écarter la violation de l'ordre public déduite de la fraude à loi, respectivement, d'imposer la reconnaissance du rapport de filiation (ATF 141 III 312 consid. 6). Se fondant sur les arrêts de la Cour EDH *Mennesson c. France* (req. 65192/11) et *Labassée c. France* (req. 65941/11), tous deux datés du 26 juin 2014, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas admissible, au regard de l'art. 8 CEDH, de ne pas reconnaître, au nom de l'ordre public, un lien de filiation de nature génétique entre l'enfant et l'un de ses parents (ATF 141 III 312 consid. 6.2). En revanche, ne pas reconnaître pour des motifs tirés de l'ordre public un lien de filiation créé par le moyen d'une maternité de substitution avec un parent sans rapport génétique était compatible avec les garanties de la CEDH (ATF 141 III 312 consid. 6.3).

Dans le second arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que la reconnaissance d'une filiation établie dès la naissance à l'étranger, sans parentalité génétique entre l'enfant et les parents et grâce à une mère porteuse, contredisait manifestement l'ordre public suisse au sens de l'art. 27 al. 1 LDIP et que la transcription dans le registre de l'état civil au sens de l'art. 32 al. 2 LDIP devait être refusée (ATF 141 III 328 consid. 8).

E. 5

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 lorsqu'il satisfait aux conditions générales prévues aux articles 25 à 27 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP - RS 291 ; art. 32 al. 1 LDIP). Les décisions et actes d'état civil étrangers sont enregistrés sur décision de l'autorité de surveillance du canton d'origine de la personne concernée (art. 23 al. 1 OEC).

Les art. 25 à 27 LDIP prévoient qu'une décision étrangère est reconnue en Suisse pour autant que les autorités judiciaires ou administratives de l'État dont émane la décision aient été compétentes, que la décision ne soit plus susceptible de recours ordinaire et qu'elle ne soit pas manifestement incompatible avec l'ordre public suisse, tant matériel que procédural. L'autorité suisse saisie ne saurait toutefois procéder à un examen au fond de la décision dont la transcription est demandée (art. 27 al. 3 LDIP ; ATF 120 II 87 consid. 2 et les références citées).

E. 6

L'art. 70 LDIP prévoit que les décisions étrangères relatives à la constatation ou à la contestation de la filiation sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant ou dans son État national ou dans l'État du domicile ou dans l'État national de la mère ou du père.

E. 7

a. La reconnaissance de la décision étrangère constitue la règle, dont il ne faut pas s'écarter sans de bonnes raisons (ATF 120 II 87 consid. 3 ; 116 II 625 consid. 4a ; 109 Ib 232 consid. 2a). Toutefois, la décision de l'autorité étrangère ne doit pas aboutir à un résultat fondamentalement opposé à la conception suisse du droit (ATF 131 III 182 du 25 juillet 2005 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_604/2009 du 9 novembre 2009 consid.

4.2.2.1 ; ATA/264/2014 du 15 avril 2014). La réserve de l'ordre public doit, selon la lettre du texte légal («manifestement»), être appliquée de manière restrictive car le refus de la - 10/19 - A/4267/2016 reconnaissance crée des rapports juridiques «boiteux» (ATF 103 Ib 69 consid. 3b ; 126 III 101 consid. 3b = JdT 2000 II 41 ; 126 III 327 consid. 2b; 131 III 182 consid.

E. 8

En l'espèce, ni le caractère définitif du jugement de parentalité américain, ni la compétence des autorités américaines pour se prononcer à cet égard, données au vu de la nationalité américaine de C_____, ne sont contestés.

L'objet du litige consiste donc uniquement à examiner si le DSE a violé le droit en refusant de reconnaître le lien de filiation établi par ledit jugement américain entre C_____ et son père d'intention, partenaire enregistré de son père

- 12/19 - A/4267/2016 biologique, au motif qu'il était manifestement incompatible avec l'ordre public suisse.

E. 9

a. Dans un premier grief, les recourants invoquent une violation de l'art. 27 al. 1 et 3 LDIP. Ils soutiennent que dans les ATF 141 III 312 et 141 III 328, le Tribunal fédéral aurait fait une application erronée de la réserve d'ordre public, qui ne viserait pas à sanctionner une fraude à la loi, et qu'il aurait placé des intérêts de prévention générale avant les intérêts supérieurs de l'enfant. De la même manière, le DSE avait refusé de reconnaître M.

A_____ en raison de considérations de prévention générale visant à éviter l'augmentation du tourisme procréatif et qui ne seraient pas susceptibles de motiver un refus de reconnaissance au sens de l'art. 27 al. 1 LDIP après la naissance de l'enfant. Selon les recourants, l'ordre public devrait être apprécié en fonction du résultat auquel aboutit la décision étrangère et non sur la base des motifs de celle-ci ou du contenu de la loi étrangère appliquée. Les intérêts de l'enfant à se voir reconnaître un lien de parenté avec ses deux parents d'intention devraient être considérés comme supérieurs à la sanction de fraude à la loi. Ils soutiennent également que lors de l'appréciation de l'ordre public, l'instance précédente aurait dû notamment tenir compte des changements sociétaux intervenus au cours des vingt dernières années : aujourd'hui, fonder une famille en recourant à la maternité de substitution à l'étranger ne serait, même en Suisse, plus un phénomène très extraordinaire ou rare. Enfin, le contrat de gestation pour autrui aurait été conclu à des conditions loyales et équitables.

b. Dans les arrêts *Mennesson c. France* et *Labassee c. France* susmentionnés, la Cour EDH a souligné en particulier que les États doivent se voir accorder une ample marge d'appréciation dans leurs choix liés à la gestation pour autrui, au regard des délicates interrogations éthiques qu'ils suscitent et de l'absence de consensus sur ces questions en Europe (ACEDH *Mennesson c. France* précité, § 79 ; ACEDH *Labassee c. France* précité, § 58). Elle a toutefois précisé que cette marge d'appréciation devait néanmoins être réduite dès lors qu'il était question de filiation (ACEDH *Mennesson c. France* précité, § 80 ss ; ACEDH *Labassee c. France* précité, § 59 ss).

Ainsi, comme le relève à juste titre le DSE dans ses observations, il découle de la jurisprudence de la Cour EDH qu'il est concevable que les États puissent souhaiter décourager leurs ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'ils

prohibent sur leur territoire, pour autant que l'exception de l'ordre public ne fasse pas obstacle à la reconnaissance du lien de filiation entre les enfants et leur père biologique.

Dans le cas d'espèce, le DSE était donc parfaitement légitimé à refuser de reconnaître le lien de filiation entre C _____ et M. A _____ au motif d'une violation de l'ordre public suisse. Le recours à l'exception de l'ordre public suisse est en l'espèce d'autant plus justifié que les partenaires enregistrés sont tous deux

- 13/19 - A/4267/2016 domiciliés en Suisse, que l'un d'eux a la nationalité suisse et l'autre la nationalité française, et qu'aucun des deux n'a de lien particulier avec les États-Unis. Comme le relève le DSE, le fait que Mme D _____ soit domiciliée aux États-Unis et que C _____ soit de nationalité américaine par l'application de la règle du jus soli ne permet aucunement de démontrer une quelconque attache particulière des recourants avec les États-Unis. La seule attache avec ce pays résulte du pur tourisme en lien avec la gestation pour autrui.

Par ailleurs, la question de savoir si le contrat de gestation a été conclu à des conditions « loyales et équitables » ne change rien à la solution du litige. Le législateur suisse a interdit toutes formes de maternité de substitution notamment en vue de protéger la femme par rapport à une instrumentalisation de son corps, indépendamment des conditions dans lesquelles celle-ci a eu lieu. Ainsi, quand bien même il faudrait considérer que Mme D _____ a été correctement rémunérée et qu'elle a de son plein gré conclu le contrat de gestation pour autrui, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une commercialisation du corps de la femme (Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 sur la maternité de substitution, p. 17) qui est prohibée en droit suisse.

Enfin, l'argument des recourants selon lequel l'autorité précédente aurait dû tenir compte des changements sociétaux intervenus au cours des vingt dernières années ne résiste pas à l'examen. Les arrêts du Tribunal fédéral et de la Cour EDH sur lesquels elle se fonde ont été rendus il y a deux et trois ans, et aucun changement majeur sur cette question n'est intervenu depuis.

Au vu de ce qui précède, ce grief sera écarté.

E. 10

Faisant référence à la future modification du CC prévoyant d'accorder à une personne le droit d'adopter l'enfant de son partenaire, les recourants font également valoir qu'il serait contradictoire de juger conforme à l'intérêt de l'enfant le refus de reconnaissance du second lien de filiation, tout en renvoyant les parents d'intention à une procédure d'adoption visant la même issue, soit la création d'un lien de filiation entre l'enfant et le second père.

a. Le nouveau droit de l'adoption entrera en vigueur le 1er janvier 2018. À compter de cette date, les partenaires enregistrés et les concubins pourront adopter l'enfant de la personne avec laquelle ils sont en couple. Le futur art. 264c al. 1 ch. 2 CC stipule qu'une personne peut adopter l'enfant de son partenaire enregistré. Pour cela, le couple doit faire ménage commun depuis au moins trois ans (futur art. 264c al. 2 CC). Le Tribunal fédéral a relevé qu'avec l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré qui est proposée [à l'époque de l'arrêt, ladite modification du CC en était encore au stade de projet], un rapport juridique concernant l'enfant pourrait en principe être établi entre l'enfant et le partenaire enregistré de son père biologique (ATF 141 III 312 précité consid. 6.4.4).

- 14/19 - A/4267/2016

b. Le raisonnement des recourants ne saurait être suivi : la réserve de l'ordre public suisse ne trouve application qu'au stade de la reconnaissance des décisions étrangères. Ainsi, reconnaître directement un lien de filiation entre un enfant et son père d'intention non biologique établi à l'étranger par le biais d'une gestation pour autrui reviendrait à considérer qu'un tel procédé n'est pas contraire à l'ordre public. Ceci aurait pour effet d'inviter les parents d'intention à contourner l'interdiction suisse du recours à la maternité de substitution (Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 sur la maternité de substitution, p. 29). S'agissant de l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré, elle serait envisageable en l'espèce à compter du 1er janvier 2018, comme le laisse entendre le Tribunal fédéral, si les conditions prévues aux art. 264 ss CC sont remplies. Par ailleurs, dans la mesure où l'aptitude du ou des parents adoptifs est examinée dans le cadre du processus d'adoption (futur art. 268a al. 2 CC), un tel procédé est conforme au bien de l'enfant. Il n'y a dès lors pas de contradiction à ne pas reconnaître un lien de filiation établi à l'étranger par le biais d'une gestation pour autrui au motif d'une violation de l'ordre public suisse, et à renvoyer le père d'intention non biologique à une procédure d'adoption. Ce grief sera dès lors également rejeté.

E. 11

Dans leurs deuxième et troisième griefs, se confondant en partie, les recourants soutiennent que la décision attaquée serait incompatible avec les intérêts supérieurs de C_____ (violation des art. 11 et 13 Cst., 8 CEDH et 2 et 3 CDE) et qu'elle violerait l'interdiction de discrimination ancrée aux art. 8 Cst.,

E. 14

Enfin, c'est en vain que les recourants font valoir qu'ils seraient discriminés en raison de leur orientation sexuelle. Si M. A_____ n'est à l'heure actuelle pas en mesure d'établir un lien de filiation avec C_____, c'est parce que le législateur n'a jusque récemment pas voulu donner la possibilité aux partenaires enregistrés d'adopter l'enfant de leur partenaire.

E. 15

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté et la décision confirmée. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge conjointe et solidaire de MM. A_____ et B_____, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.