

Andreas Bucher

## Mater semper certa est en Géorgie

---

Un nouvel arrêt du 7 février 2022 expose la position du Tribunal fédéral par rapport à la filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui, en Géorgie en l'espèce. L'acte de naissance établi dans ce pays apporte la preuve de la naissance, mais non des liens de filiation des enfants. En l'absence d'un acte susceptible de reconnaissance en Suisse, il convient d'appliquer la loi suisse qui retient la filiation par rapport à la mère d'emprunt ayant accouché de l'enfant, conformément au principe mater semper certa est. Le père d'intention ayant reconnu les enfants, il convenait de se prononcer sur le lien avec la mère d'intention. Un tel lien ne peut être établi autrement que par une adoption.

---

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Relations entre parents et enfants. Tutelle / Protection de l'adulte, Droits de l'Homme, DIP

Proposition de citation : Andreas Bucher, Mater semper certa est en Géorgie, in : Jusletter 16 mai 2022

## Table des matières

- I. Les points de repère
- II. Le statut de la mère d'emprunt en Géorgie
- III. Quels effets de la filiation de l'enfant ?
- IV. Une maternité de transition ?
- V. La « fraude à la loi » dans l'intérêt de l'enfant
- VI. Les options
  - 1. L'adoption
  - 2. La reconnaissance par la mère d'intention
  - 3. Un avenir pour les filiations d'intention ?
  - 4. La transcription comme solution de repli
- VII. Le sort des arrêts de 2015
- VIII. Les Suisses devant leur Ambassade

### I. Les points de repère

[1] Dans deux arrêts rendus en 2015, portant sur la question de la reconnaissance d'arrêts rendus en Californie consacrant la filiation des parents d'intention, le Tribunal fédéral a mis l'accent sur la prohibition de la maternité de substitution en droit suisse, qui pourrait être aisément contournée par des couples sachant que l'enfant en résultant sera ultérieurement reconnu en Suisse.<sup>1</sup> L'ordre public ne saurait autoriser une fraude à une interdiction érigée en Suisse dans l'intérêt de la morale, de l'intérêt public et de la dignité humaine.<sup>2</sup> Il n'y aurait aucune place pour un assouplissement quelconque de cette position, tenant aux circonstances ou à l'intérêt de l'enfant dans le cas particulier.<sup>3</sup> La paternité du partenaire enregistré du père génétique n'a donc pas été reconnue, l'enfant n'ayant ainsi que ce dernier comme seul parent. Il doit en aller de même, d'après le second arrêt, de l'enfant n'ayant aucun lien génétique avec le couple qui compte en devenir les parents.<sup>4</sup>

[2] Dans son avis consultatif rendu le 10 avril 2019 sur la demande de la Cour de cassation française, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a formulé l'avis suivant : dans le cas d'un enfant né d'une gestation pour autrui (issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, comme dans le cas d'un enfant conçu avec les gamètes de la mère d'intention), le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'art. 8 CEDH, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention. Cela ne doit pas nécessairement se faire par la transcription sur les registres de l'état civil. Une autre voie, telle que l'adoption, est possible, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant (n° P16-2018-001).

[3] Dans l'arrêt rendu très récemment, le 7 février 2022 (5A\_545/2020), également destiné à la collection officielle des ATF, le Tribunal fédéral procède à un nouvel examen à caractère général, tenant compte de l'avis de la Cour EDH, visant cependant une hypothèse dans laquelle aucun jugement ou acte public n'a été rendu dans le pays du lieu de la gestation pour autrui, la Géorgie,

---

<sup>1</sup> Arrêt du 21 mai 2015, ATF 141 III 312, 316–323, renversant l'arrêt du Verwaltungsgericht de St-Gall, FamPra.ch 2014 n° 58 p. 1054.

<sup>2</sup> ATF 141 III 312, 322.

<sup>3</sup> ATF 141 III 312, 323.

<sup>4</sup> Arrêt du 14 septembre 2015, ATF 141 III 328, 328–347.

la filiation des enfants nés dans ce pays étant ainsi analysée sous l'angle du droit suisse. Il convient donc de faire le point de la situation en Suisse en référence à cet arrêt important.

## II. Le statut de la mère d'emprunt en Géorgie

[4] Lorsqu'il manque une décision ou un acte de reconnaissance intervenu à l'étranger et reconnu en Suisse, le droit suisse constitue le droit de référence pour la filiation d'un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui. On ne peut guère faire autrement que de situer la résidence habituelle de l'enfant en Suisse et d'appliquer la règle de conflit de lois de l'art. 68 LDIP.

[5] Afin d'arriver à l'art. 68 LDIP, le Tribunal fédéral devait apporter deux clarifications. En premier lieu, l'acte de naissance établi en Géorgie fournit certes la preuve de la naissance, mais il n'atteste pas d'un lien de filiation si un tel lien n'y est pas consacré avec un effet formateur selon la loi applicable à sa confection (cons. 4 et 5). Un tel acte jouit d'une valeur probante en Suisse, mais celle-ci ne va pas plus loin que les actes suisses analogues. La filiation *ex lege* des enfants devait donc être examinée en termes de droit applicable (art. 68 LDIP) et non sous l'angle de la transcription d'actes concernant l'état civil (art. 32, 70 LDIP).

[6] Il fallait préciser, en second lieu, la résidence habituelle des enfants, fixée par l'art. 69 al. 1 LDIP au moment de la naissance. En l'espèce, la réponse n'était pas évidente, étant donné qu'après avoir accueilli les enfants en Géorgie, les parents d'intention ont séjourné pendant trois mois en Turquie, leur pays d'origine, avant de revenir en Suisse, 15 semaines après la naissance. Il manquait donc manifestement la condition de la présence physique de la résidence à la date de la naissance. L'arrêt n'en parle pas, mettant l'accent sur le contenu substantiel de cette notion. Il serait artificiel de le chercher dans la personne du nouveau-né. L'intégration dans la vie familiale est l'élément déterminant, combinée avec la perspective de durée du séjour des principales personnes de référence. Lorsque la naissance a eu lieu à l'étranger et que le séjour s'y prolonge pour quelque temps, il semble raisonnable de situer la résidence habituelle dans le pays du retour de la famille dans son pays d'ancrage, même s'il manque l'élément de la présence physique au moment déterminant. Cette solution est préférable à celle consistant à se replier sur une simple résidence, faute de mieux (cons. 6.2, 6.3.2).

[7] Le principe *mater semper certa est* se place alors en première ligne, avec pour effet que la mère ayant géré la grossesse jusqu'à la naissance de l'enfant est considérée comme la mère juridique du point de vue suisse (cons. 6.4). Cela n'est manifestement pas satisfaisant, compte tenu du fait que les arrangements conclus entre les parents d'intention (vivant en Suisse) et la mère d'emprunt prévoient normalement que celle-ci renonce ou est censée avoir renoncé, d'après sa loi, à toute prétention de type filiation ou autorité parentale. Le Code civil de la Géorgie ne connaît pas le principe *mater semper certa est*, même pour les mères mariées (cf. art. 1189, 1191).

[8] Le principe *mater semper certa est*, au sens de la loi suisse, aboutit ainsi à une filiation totalement fictive de l'enfant par rapport à une femme dont la qualité de « mère » ne correspond à aucun lien réel avec l'enfant. Celui-ci ne peut exercer aucun contact avec la femme qui lui a donné naissance, dans un pays dans lequel il ne jouit par rapport à celle-ci d'aucun lien de filiation ou de parenté. Tout au plus peut-il porter le nom de sa « mère » qui l'a mis au monde, sachant toutefois que celle-ci n'y tient aucunement et que l'enfant sera révolté le jour où il doit comprendre qu'il est ainsi rattaché à une femme avec laquelle il n'a aucun rapport quelconque. Dans ces conditions, l'attribution du nom en tant qu'élément de la personnalité n'a aucun sens.

[9] Le principe *mater semper certa est* ne s'impose donc pas comme une évidence. Il le fait encore moins si l'on observe la jurisprudence. Il apparaît dans l'arrêt de 2022 pour la première fois. Dans les deux arrêts californiens de 2015, il n'a pas été retenu, alors qu'il aurait pu l'être. Le nouvel arrêt insiste en soulignant que le statut de la mère d'emprunt doit être défini selon la loi suisse désignée par l'art. 68 du fait que celle-ci ne dispose, *ex lege*, d'aucun lien de filiation en Géorgie. Or, dans les cas californiens, la mère d'emprunt n'était pas la mère juridique non plus, mais cela simplement du fait que des arrêts de justice ont statué ainsi. Ces arrêts n'ont pas été reconnus en Suisse sur ce point. Les enfants ont été considérés, du point de vue suisse, comme sans parents dans un cas<sup>5</sup> et comme sans mère (respectivement sans lien avec l'homme partenaire du père génétique) dans l'autre.<sup>6</sup> Dans les deux cas, les « mères » ont accouché d'enfants sans en être les mères juridiques. En suivant le nouvel arrêt, il aurait fallu leur déterminer la filiation selon le droit suisse (art. 68 LDIP) en application du principe *mater semper certa est*. Cela n'a pas été fait, avec l'avantage que l'on pouvait entamer plus directement la démarche visant l'adoption des enfants.

[10] On pourrait placer le second des arrêts cités à mi-chemin : le principe *mater semper certa est* y figure sous la forme d'un renvoi à l'art. 252 al. 1 CC pour le cas où les filiations nées d'une gestation pour autrui en Californie ne seraient pas reconnues en Suisse.<sup>7</sup> Cependant, en arrivant à ce refus, l'arrêt conclut que les enfants seraient sans parents,<sup>8</sup> ce qui ne serait évidemment pas le cas si le principe *mater semper certa est* avait été appliqué comme le préconise l'arrêt trois pages en amont de son développement.

[11] Le nouvel arrêt observe que les arrêts californiens auraient été acceptés en tant qu'ils constataient un *fait accompli*, malgré la fraude à la loi suisse (cons. 8.2). Dans le cas de la Géorgie, dit-on, on ne dispose de rien de plus que d'un acte de naissance, ce qui signifie que toute question de filiation (« massgebende Fragen ») doit être résolue en vertu de la loi suisse (cons. 8.2). Cette présentation ne correspond pas à ce que l'on lit dans les arrêts. Les art. 25 à 32 LDIP ne portent point sur une reconnaissance de « faits accomplis », et les arrêts cités ne le disent pas, bien au contraire. L'arrêt du 21 mai 2021 s'est placé sur le terrain de l'ordre public pour conclure que l'arrêt californien avait l'effet de contourner l'interdiction d'avoir recours à la gestation pour autrui prévalant en Suisse.<sup>9</sup> Si l'ordre public ne s'oppose pas à la reconnaissance de ce jugement, l'autorité suisse serait forcée (« zwingen ») d'accepter le lien de filiation obtenu par un détournement de la loi en tant que *fait accompli*.<sup>10</sup> Etant donné que l'ordre public a été retenu par le Tribunal fédéral (par rapport au parent non génétique<sup>11</sup>), le *fait accompli* a donc été repoussé, contrairement à ce que l'arrêt de 2022 en dit. L'arrêt du 14 septembre 2015 refuse la reconnaissance du jugement californien et conclut à ce que les enfants nés de la mère d'emprunt seraient sans parents en Suisse, puisqu'il s'agissait de ne pas promouvoir un tourisme procréatif en acceptant les *faits accomplis*

---

<sup>5</sup> ATF 141 III 328, 340, 345.

<sup>6</sup> ATF 141 III 312, 325, 327.

<sup>7</sup> ATF 141 III 328, 342 s.

<sup>8</sup> ATF 141 III 328, 345.

<sup>9</sup> ATF 141 III 312, 321–323.

<sup>10</sup> ATF 141 III 312, 323.

<sup>11</sup> ATF 141 III 312, 325, 327.

que cela entraîne.<sup>12</sup> Il n'y avait donc aucune reconnaissance soutenue par l'idée qu'il conviendrait d'accepter des *faits accomplis*.

### III. Quels effets de la filiation de l'enfant ?

[12] Si l'on voulait en rester au principe *mater semper certa est*, encore faudrait-il le faire de façon cohérente. Ce principe attribue la filiation maternelle exclusivement à la femme qui a accouché de l'enfant. Celle-ci devrait alors jouir, du point de vue suisse, de tous les droits découlant, en Suisse, d'un tel lien de filiation. Ce n'est pas ce que fait le Tribunal fédéral dans l'arrêt sur le cas de la Géorgie. Certes, cette « mère » est enregistrée en cette qualité à l'état civil, mais elle ne jouit pas de l'autorité parentale qui lui revient d'après la loi tant qu'elle ne lui est pas retirée. L'arrêt cité ne le dit pas en autant de termes, mais il constate que cette autorité revient exclusivement au père d'intention qui a reconnu l'enfant, qui pourra compter sur le concours de la mère d'intention (cons. 8.6). L'art. 298b CC est cité à l'appui de cette solution, qui devrait le cas échéant être ordonnée par l'autorité de protection des enfants ; pourtant, une telle autorité exclusive du père sur un enfant sans mère n'y figure pas.

[13] La demande de pourvoir l'enfant d'un curateur *ad litem* fut rejetée au motif que les enfants étaient représentés par les parents d'intention, sans laisser apparaître le moindre conflit d'intérêt (cons. 1.6). C'est exact, certes, mais cela méconnaît complètement que selon le droit suisse, l'autorité parentale revient exclusivement à la mère d'emprunt, juridiquement titulaire sur le fondement du principe *mater semper certa est*.

[14] De plus est, si le père d'intention détient seul l'autorité parentale, les enfants devraient porter son nom de famille (art. 270a al. 1 CC) et non celui de la mère d'emprunt, comme cela fut admis (cons. 7.5). De même, on comprend fort bien que le centre de vie de l'enfant qui fonde sa résidence habituelle est rattaché au lieu de la vie familiale des parents d'accueil (cons. 6), mais on anticipe ainsi une situation familiale dont on nie l'existence juridique (par rapport à la mère d'intention tout au moins) de par le rattachement de l'enfant à la mère d'emprunt en vertu dudit principe.

### IV. Une maternité de transition ?

[15] Procédant par une interprétation conforme au but et à l'objet de la loi, la jurisprudence devrait commencer par recaler le principe *mater semper certa est* à sa juste place, circonscrit à la relation entre la mère ayant la double qualité d'avoir donné naissance à l'enfant et de le reconnaître comme son enfant en droit. Le principe *mater semper certa est* puise ses origines dans l'intention du législateur de faciliter aux mères la constatation de leur maternité, les libérant du fardeau de devoir déclarer une reconnaissance de leur enfant, comme cela est connu dans de nombreux pays étrangers. Ce principe n'a manifestement aucun rôle à jouer lorsqu'il se présente en concours entre la mère d'emprunt ayant accouché et la mère d'intention qui a initié le processus, avec son partenaire, en commençant par fournir ses propres gamètes ou ceux d'une tierce personne.

[16] En transposant ledit principe à la gestation pour autrui, on entame une démarche contradictoire au détriment de l'intérêt de l'enfant. En effet, imposer à l'enfant et à sa famille la maternité

---

<sup>12</sup> ATF 141 III 328, 347.

liée à la femme ayant accouché n'a aucun sens si l'on n'y attache aucun effet juridique quelconque au-delà du seul lien d'état civil, reconnu exclusivement du point de vue suisse. La vie familiale de l'enfant, qui est protégée en droit fondamental et des droits de l'homme (art. 8 CEDH), comprend le lien familial de fait. Or, ce lien existe manifestement avec les parents d'intention, alors qu'il est inexistant par rapport à la mère d'emprunt. Pour celle-ci, l'enfant ne représente aucune attache quelconque, de droit et en fait. L'enfant n'a aucun intérêt à ce que de tels liens lui soient imposés. Pour lui, comme pour les parents d'intention, le principe *mater semper certa est* n'a aucun sens. La filiation doit être conçue dans la durée et non comme un mode de pure transition. La maternité de la mère d'emprunt doit céder devant la réalité des intentions vécues par les familles concernées.

[17] De toute manière, le Tribunal fédéral reconnaît qu'il fallait s'aligner sur l'avis consultatif de la Cour EDH fourni à la demande la Cour de cassation française le 10 avril 2019 et offrir à la mère d'intention la possibilité d'établir sa filiation maternelle par un autre moyen, tel que l'adoption, à condition que celle-ci puisse être obtenue par une voie efficace et avec célérité (cons. 8.1). Aucune allusion n'est faite au sort de l'enfant au cas où l'adoption ne peut avoir lieu, faute de respecter une ou plusieurs conditions. Quoi qu'il en soit, quel est le sens du principe *mater semper certa est* si l'intérêt de l'enfant et de la famille d'intention exigent qu'il soit anéanti dans ses effets par une adoption ? Certes, on parvient ainsi au résultat recherché, mais ce en se servant d'un principe comme une étape intermédiaire à laquelle il n'est pas destiné.

[18] Le principe *mater semper certa est*, s'il devait s'appliquer selon la logique de la lettre de la loi, ne peut se manifester qu'un instant, pour disparaître aussitôt. Pour la Cour EDH, « l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant » (§ 42). Le droit au respect de la vie privée de l'enfant « requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention » (§ 46). La maternité que l'on croit pouvoir dégager dudit principe n'est donc jamais *semper certa*, étant donné qu'elle doit laisser la place à la filiation avec la mère d'intention au terme d'une période d'incertitude qui doit être « aussi brève que possible » (§ 49). Autant dire qu'une telle situation ne correspond en aucune manière au véritable sens et à l'objectif du principe *mater semper certa est*.

## V. La « fraude à la loi » dans l'intérêt de l'enfant

[19] Il convient ainsi de privilégier une approche directe. L'intérêt de l'enfant milite en faveur de l'acceptation de l'identité de sa filiation en référence à l'ordre juridique qui a soutenu sa naissance. Il n'y a pas lieu d'imposer à la mère d'emprunt le principe *mater semper certa est* qui est à l'opposé du sens et de la réalité de la gestation pour autrui, et du même coup de priver les parents d'intention du résultat de leur projet auquel le droit suisse n'oppose aucune prohibition d'une quelconque efficacité. L'obstacle que l'on a cru lire dans la Constitution<sup>13</sup> n'apparaît plus dans la récente jurisprudence. Du moment que l'on peut reconnaître qu'en l'espèce, l'intérêt de l'enfant milite pour son intégration dans la famille d'intention, le choix du mode opératoire importe peu, étant admis tout au moins que le détour par le principe *mater semper certa est* n'aura pas lieu.

---

<sup>13</sup> Cf. ATF 141 III 312, 318 s., 339, 342.

[20] En effet, le barrage que l'on a cru apercevoir à l'art. 119 al. 2 lit. d Cst. féd. ne résiste pas au simple regard du texte. Comme le Tribunal fédéral l'avait noté, la prohibition de la gestation pour autrui est dirigée vers des comportements en Suisse, sans ériger, en soi, un obstacle à la reconnaissance de filiations créées à l'étranger conformément à la loi locale.<sup>14</sup> La disposition citée s'adresse d'ailleurs au législateur suisse qui n'a pas compétence pour régulariser des comportements ayant lieu en pays étrangers ; il peut, certes, statuer sur les effets de tels actes en Suisse, mais la règle constitutionnelle n'est pas rédigée dans cette optique puisqu'elle se borne à utiliser le verbe « interdire » et l'adjectif « non autorisé » (« unzulässig »). Le reproche d'un contournement frauduleux d'une prohibition de droit constitutionnel suisse<sup>15</sup> repose donc sur des bases bien fragiles. De toute manière, alors que les arrêts de 2015 insistaient tant sur la fraude à la loi suisse, l'arrêt de 2022 ne le fait plus. Car le principe *mater semper certa est*, que l'on entend appliquer à la mère d'emprunt en Géorgie, consacre également une gestation pour autrui non autorisée par la Constitution. Cette mère étant inscrite sur le registre suisse de l'état civil, la « fraude » est consommée.

[21] Au demeurant, si l'on voulait encore se cramponner à l'idée d'une fraude commise en terre étrangère, en violation du droit constitutionnel suisse, ne faudrait-il pas alors enchaîner avec la même logique et sanctionner toute adoption dont le point de départ est constitué par la même « fraude » ? L'idée est absurde, sans aucun doute, mais elle l'est un peu moins si on la compare avec le cas du refus de l'adoption d'un enfant précédemment adopté en Ethiopie par une mère de nationalité suisse et éthiopienne vivant à Genève depuis 15 ans.<sup>16</sup> Dans ce cas, il avait été constaté, d'abord par la Cour de justice de Genève puis par le Tribunal fédéral, que cette adoption correspondait certes à l'intérêt de l'enfant, mais qu'elle ne devait néanmoins pas avoir lieu du fait que la mère adoptive aurait commis une violation de procédure lorsqu'elle a amené l'enfant en Suisse sans avoir obtenu l'agrément pour ce faire à l'Ambassade suisse (sans doute parce qu'elle pensait que l'adoption déjà obtenue en Ethiopie allait être reconnue en Suisse). Le verdict était brutal : la priorité consiste à privilégier l'intérêt public à ne pas légaliser une situation illégale sous couvert de l'intérêt supérieur de l'enfant (cons. 7.3). L'enfant vit donc en Suisse sans disposer d'aucun lien de filiation en Suisse et il est exposé au risque d'un renvoi en Ethiopie dès qu'une occasion se présente. Le Tribunal fédéral suggère une suite moins radicale : la mère et l'enfant disposent de l'échappatoire d'aller vivre en Ethiopie où la mère retrouve des membres de sa famille. Malgré un avis consultatif de la Cour EDH on ne peut plus clair, on n'est donc pas à l'abri d'une surprise désagréable.

[22] Le point inquiétant est le fait que le nouvel arrêt n'écarte pas une telle solution, probablement dans l'idée que l'adoption allait aboutir de toute manière. Les parents d'intention qui risquent d'échouer dans cette démarche sont ainsi toujours exposés à un tel risque, à en croire le second des deux arrêts de 2015. Le Tribunal fédéral avait songé en effet à ce qu'au cas où l'adoption ne pouvait pas se faire, l'intérêt de l'enfant soit aussi bien protégé par le déplacement de l'enfant et des parents d'intention en Californie. Ceux-ci doivent accepter d'y mener leur vie familiale après y avoir placé leurs démarches biologiques (« biologische Vorgänge »<sup>17</sup>). En 2022, il est vrai, on n'a plus dit aux parents que leur sort était d'aller vivre en Géorgie. Mais cela n'efface pas pour autant

---

<sup>14</sup> ATF 141 III 312, 319, 339, 342.

<sup>15</sup> ATF 141 III 312, 322 s., 343.

<sup>16</sup> ATF du 27 août 2021, 5A\_219/2021.

<sup>17</sup> ATF 141 III 328, 350.

le raisonnement tenu en 2015, qui n'avait pas lieu d'être actualisé compte tenu des circonstances du cas particulier en 2022.<sup>18</sup>

## VI. Les options

### 1. L'adoption

[23] Il sera difficile de construire par la voie jurisprudentielle une adoption « light » qui sert l'intérêt à l'efficacité et la célérité du processus tel qu'esquissé par la Cour EDH et qui soit accessible aux parents d'intention auxquels le droit civil suisse n'offre pas, en l'état, la voie de l'adoption. Certes, dans un certain nombre de cas, le droit actuel de l'adoption peut servir à atteindre l'objectif porté par les intentions des parents. En l'espèce, ainsi que l'on peut le comprendre de l'arrêt de l'autorité précédente,<sup>19</sup> cela semble être le cas, mais on aurait tort de généraliser cette observation. Affirmer, comme le fait le Tribunal fédéral, que la Cour EDH n'aurait pas posé d'exigence temporelle, laissant les autorités décider de cas en cas (cons. 8.5), est inexact compte tenu de l'injonction claire que le processus d'adoption doit garantir l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 55), l'objectif consistant à ce que le lien de filiation de l'enfant puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé (§ 52), de telle manière que la durée de l'incertitude quant à son statut soit « aussi brève que possible » (§ 49). L'Etat requis doit garantir l'accès à un « mécanisme effectif et suffisamment rapide permettant la reconnaissance ».<sup>20</sup> La jurisprudence devra donc s'inspirer des injonctions d'effectivité et de célérité, rappelées par ailleurs dans l'arrêt fédéral (cons. 8.1).

[24] Le Tribunal fédéral juge non pertinent un arrêt de la Cour de cassation française qui a écarté toute idée d'adoption en raison de la durée excessive du combat mené par les époux *Menneson* (arrêt n° 648 du 4 octobre 2019), ce sans en citer deux autres, de la Cour EDH, estimant que l'on pouvait se contenter d'une procédure s'étendant sur une période entre 4 et 5 mois.<sup>21</sup> Même sans attribuer une valeur absolue à ces indications temporelles, il est loin d'être certain que le processus suisse en vue d'adoption réponde aux exigences. Il suffit d'additionner la durée du lien nourricier d'un an (art. 264 CCS) et celle de la procédure d'adoption proprement dite, comprenant une enquête et la confection de rapports d'évaluation de la situation familiale, pour comprendre qu'en règle générale, on est loin du compte.<sup>22</sup> Le législateur suisse préférerait sans doute l'option de l'adoption, mais il faudrait alors qu'il se saisisse de la question et prépare une législation offrant les allègements appropriés. Il s'agirait d'une « preferred adoption ».<sup>23</sup> Cepen-

---

<sup>18</sup> En revanche, on semble avoir abandonné définitivement l'idée de retourner la vision de l'intérêt de l'enfant à bénéficié de la filiation dans la famille d'intention dans son contraire. Dans le second arrêt de 2015, le Tribunal fédéral avait encore estimé qu'en répercutant la « fraude » sur les enfants, ceux-ci pourraient être privés de la possibilité de se sentir comme les victimes d'un procédé prohibé (ATF 141 III 328, 345).

<sup>19</sup> Le Verwaltungsgericht du canton de Zurich, arrêt du 14 mai 2020, FamPra.ch 2020 n° 54 p. 992.

<sup>20</sup> Arrêt de la Cour EDH du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 64.

<sup>21</sup> Dans deux prononcés concernant la France, cf. Décision du 12 décembre 2019, n° 1462/18 et 17348/18, § 41-45, et l'arrêt du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 45-72.

<sup>22</sup> Cf. TIEFFAINE STEGMÜLLER, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, Genève 2020, p. 285.

<sup>23</sup> Suivant la suggestion de CHRIS THOMALE, Mietmutterschaft, Eine international-privatrechtliche Kritik, Tübingen 2015, p. 93-99; IDEM, State of play of cross-border surrogacy arrangements – is there a case for regulatory intervention by the EU?, Journal of Private International Law (JPIL) 13 (2017) p. 463-473 (471 s.).

dant, même dans une telle optique, il faudrait également rendre l'adoption accessible aux couples non mariés afin d'éviter une discrimination non justifiée.

[25] Les Juges fédéraux ont tenu à rappeler au Parlement ses responsabilités de législateur (cons. 8.7), sans songer à ce que ce dernier pourrait lui rétorquer qu'en l'absence de disposition applicable, il appartient aux Juges de faire « acte de législateur », comme le commande l'art. 1 al. 2 CC. On pourrait s'imaginer, en effet, que la jurisprudence comble une lacune de l'art. 264 CC, prévoyant une durée d'un an de lien nourricier, qui n'a guère de sens dans l'hypothèse où l'adoption sert de moyen de substitution à une gestation pour autrui dont on ne voudra pas accepter la transcription pure et simple à l'état civil. Au demeurant, le Tribunal fédéral invite les autorités d'adoption saisies de cas de gestation pour autrui à interpréter les conditions de l'adoption de façon généreuse et pragmatique et de traiter ces cas prioritairement et rapidement, afin de répondre aux exigences de la Cour EDH (cons. 8.5). Le point décisif, sous l'angle de l'art. 8 CEDH et par rapport à une solution passant à travers une adoption, est que celle-ci doit aboutir à la transcription de la filiation sans retard inutile.

## 2. La reconnaissance par la mère d'intention

[26] La reconnaissance d'enfant par la mère d'intention apparaît également comme un moyen approprié. Certes, le droit civil suisse ne connaît pas cette institution, comme l'observe le nouvel arrêt du Tribunal fédéral (cons. 7.4.1). Cependant, ce n'est pas entièrement exact. On notera d'abord que la LDIP ne fait pas de la reconnaissance d'enfant un acte réservé aux hommes (cf. art. 71–73). Malgré la disparition d'une disposition correspondante dans la version de l'OEC antérieure à 2004 (ancien art. 108), la Suisse doit offrir un instrument de forme afin de permettre aux mères de faire une telle déclaration, conformément à la Convention de la CIEC du 12 septembre 1962<sup>24</sup> et sans égard au fait que la filiation repose par ailleurs sur le principe *mater semper certa est*. La déclaration figure normalement sur l'acte de naissance (art. 1), mais elle peut être faite autrement dans chaque Etat contractant (art. 2 et 3). L'ordre public suisse ne s'y oppose pas. Certes, une telle reconnaissance d'enfant faite valablement quant à sa forme ne jouit pas pour autant de sa validité quant au fond. La Convention ne règle pas ce dernier point (art. 4). En l'espèce, la reconnaissance par le père a été valablement reçue par le biais de la communication du contrat de gestation pour autrui à l'office suisse de l'état civil ; la question n'était plus litigieuse devant le Tribunal fédéral (cons. 7.3). Il n'y aurait pas de raison de ne pas accepter la même manière de procéder s'agissant d'une déclaration faite par la mère d'intention.

[27] Le Tribunal fédéral écarte une telle solution, sans observer la Convention de la CIEC, au motif de la priorité de la filiation résultant du principe *mater semper certa est*. La mère d'intention ne peut reconnaître un enfant, dit-on, sans écarter d'abord cette filiation, une opération inconnue dans la loi, tant en Suisse qu'en Géorgie (cons. 7.4.1). Ce raisonnement suppose que le détour par le principe *mater semper certa est* soit incontournable. L'affirmation que l'art. 73 LDIP ne connaîtrait pas une déclaration d'abandon de filiation est un peu court. Un tel acte est comparable à une contestation de la reconnaissance, qui est reconnue en Suisse si elle a eu lieu dans l'un des Etats mentionnés, en l'espèce l'Etat national de la mère d'emprunt. Le fait que l'alinéa 2 de l'art. 73 LDIP, qui régit la matière, mentionne uniquement les « décisions étrangères », mais

---

<sup>24</sup> Convention relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels (RS 0.211.222.1).

non les « actes concernant l'état civil » comme à l'art. 32 al. 1 LDIP, ne devrait pas porter à conséquence. On aurait donc pu reconnaître la négation de toute reconnaissance de la filiation de la mère d'emprunt, telle qu'affirmée dans le contrat de gestation pour autrui conformément à la loi locale, et procéder avec la déclaration de la mère d'intention comme on l'a fait avec la reconnaissance du père. On rappellera d'ailleurs que le lien génétique n'est pas une condition de la reconnaissance d'enfant ; en son absence, une contestation peut avoir lieu si tel est l'intérêt d'une personne concernée. Par ailleurs, le Tribunal fédéral, à part d'ignorer la Convention de la CIEC, n'a pas noté non plus que la Turquie en fait partie, comme la Suisse ; le fait que la Turquie adhère au principe *mater semper certa est* n'y change rien, contrairement à ce que l'arrêt en dit (cons. 7.4.2).

### 3. Un avenir pour les filiations d'intention ?

[28] La jurisprudence devra encore définir le point de repère dans l'idée, avancée par le Tribunal fédéral dans un contexte voisin, qu'il fallait protéger l'enfant grandissant « au sein du couple formé par ses deux parents d'intention ». Cette définition, plutôt large, devait s'appliquer à la situation de l'ex-partenaire enregistrée d'une mère, qui doit pouvoir revendiquer un droit aux relations personnelles avec l'enfant au motif qu'elle représentait pour lui une figure parentale d'attachement.<sup>25</sup>

[29] Or, s'il fallait protéger la « filiation d'attachement » née au sein d'un couple de partenaires, pourquoi ne devrait-elle pas l'être également dans le couple d'intention ayant procédé à une gestation pour autrui, dont le mari a reconnu légalement l'enfant, tandis que son épouse forme avec lui une unité familiale générant une filiation d'attachement à l'égard de leur enfant ? Il n'est pas certain qu'il faille aller aussi loin, comme on peut s'interroger sur l'avenir de la jurisprudence citée. Car en parallèle à l'établissement de liens de filiation de nature biologique, le développement des hypothèses de parentalité juridique semble devoir être encadré par des actes de volonté (reconnaissance, adoption) émanant de chacun des parents en sus des circonstances d'attachement entourant la vie de l'enfant.

### 4. La transcription comme solution de repli

[30] Pourtant, si aucune de ces voies ne serait engagée, ou susceptible de l'être, dans l'intérêt de l'enfant dont il est certain qu'il ne doit pas être ou resté attaché juridiquement à la mère d'emprunt, on en reste au principe posé par l'avis consultatif de la Cour EDH de l'obligation des Etats parties de reconnaître le statut juridique créé par les parents d'intention à travers une gestation pour autrui opérée en pays étranger. Si ce statut ne peut être reconnu sur le fondement des règles de reconnaissance de décisions ou actes publics étrangers, il y a lieu d'ajuster les règles de conflit de lois et le droit national désigné par elles de manière à ce que la filiation créée valablement à l'étranger puisse devenir effective en Suisse. Le principe *mater semper certa est* se place en travers de cet impératif capital. Il doit laisser sa place à l'épanouissement de la filiation de l'enfant conformément au projet mené de bonne foi par les parents d'intention et la mère d'emprunt.

---

<sup>25</sup> Cf. ATF 147 III 209 ss, 212–214.

[31] On ajoutera que si l'intérêt de l'enfant à la confirmation de sa filiation par rapport aux parents d'intention doit l'emporter, certes, il le fait toujours dans le contexte de l'ordre public. Lorsque, comme on le soupçonne parfois, des réticences apparaissent à l'égard de la manière dans laquelle le processus de gestation pour autrui a été entamé et mené à terme, on est encore placé au niveau de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant qui constitue le cadre de référence pour tenir compte de situations qui paraissent douteuses. Un contrôle juridictionnel n'est donc pas inapproprié ; il peut s'avérer utile afin de mesurer les risques que la gestation pour autrui peut engendrer, notamment pour l'enfant, lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger par des ressortissants d'un pays où elle n'est pas autorisée.<sup>26</sup> L'autorité en charge de la transcription à l'état civil (art. 32) et le juge du fond (art. 68) disposent du cadre procédural nécessaire, en tout cas tant que le législateur ne décide pas d'un aménagement mieux structuré.

## **VII. Le sort des arrêts de 2015**

[32] La jurisprudence dégagée des arrêts de 2015 doit être reconfigurée au regard du récent ATF du 7 février 2022. Certes, cet arrêt n'est pas directement applicable à l'examen de la reconnaissance d'une filiation gérée par autrui, étant donné l'absence d'une décision rendue ou d'un acte public établi dans le pays de naissance, la Géorgie.

[33] Le raisonnement suivi dans ce nouvel arrêt enlève à la jurisprudence de 2015 sa pertinence sur un point important : l'ordre public suisse ne s'oppose pas catégoriquement à la reconnaissance de la filiation de l'enfant par rapport à ses parents d'intention, mais un Etat qui entend renoncer à une transcription directe de la nouvelle filiation sur ses registres de l'état civil doit disposer d'un moyen pour régulariser l'attribution de l'enfant à ses vrais parents autrement, en garantissant l'efficacité et la célérité de sa mise en œuvre dans l'intérêt de l'enfant.

[34] L'ordre public suisse ne s'efface donc pas complètement. Les conceptions dominantes (marquées par de grandes réticences) sont ménagées dans la mesure où un autre moyen peut s'avérer disponible pour consacrer la filiation de l'enfant par rapport à ses parents d'intention, et ce au mieux en offrant un regard sur l'observation satisfaisante de l'intérêt de l'enfant. Mais à défaut d'un tel moyen de substitution, l'ordre public ne peut servir de rempart à l'encontre de la reconnaissance de la filiation résultant d'une gestation pour autrui, à l'instar de ce qui résulte de l'art. 8 CEDH à la lumière de l'avis consultatif de la Cour EDH. Sur ce point, les arrêts de 2015 sont dépassés, principalement dans leur optique que la sanction de ce que l'on croyait constituer une fraude à la législation suisse devrait l'emporter sur le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant à jouir de la filiation par rapport à ses parents d'intention. L'ordre public subsiste, en revanche, en tant que cadre de référence pour vérifier que la gestation pour autrui a été menée dans le respect de l'intérêt de l'enfant.

## **VIII. Les Suisses devant leur Ambassade**

[35] On ajoutera que, compte tenu de la situation qui tend à se cristalliser à la suite de l'avis consultatif de la Cour EDH de 2019, reconnu par le Tribunal fédéral dans l'ATF de 2022

---

<sup>26</sup> Cf. Cour EDH, arrêt du 16 juillet 2020, D. c. France, n° 11288/18, § 86/87.

(cons. 8.1 et 8.5), les citoyens suisses procédant en pays étranger à une naissance à travers une gestation pour autrui devraient y trouver du réconfort lorsqu'ils requièrent l'autorisation de séjour pour l'enfant qu'ils comptent amener chez eux en Suisse. Les exigences en matière de fourniture de documents qui leur sont opposées vont souvent au-delà de ce qui est nécessaire compte tenu de la jurisprudence récente. On devrait donc compter avec des allègements, une fois que les informations appropriées auront traversé les services consulaires du Département fédéral des affaires étrangères jusqu'aux ambassades et consulats suisses dans les pays fournisseurs d'enfants nés de gestation pour autrui. Une percée spectaculaire s'est produite récemment, pour des raisons humanitaires, dans plusieurs cas d'enfants nés de gestation pour autrui en Ukraine. Leur traitement devrait suivre des consignes d'assouplissement plus incisives encore que ceux qui tendent à faire leur chemin dans la pratique suisse actuelle.

---

ANDREAS BUCHER, Prof. em., Université de Genève.