



CHAMBRE DES DÉPUTÉS  
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Session ordinaire 2015-2016

LB/pk

P.V. J 34

**Commission juridique**

**Procès-verbal de la réunion du 08 juin 2016**

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 25 et 30 mai 2016
2. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant
  - le Code civil,
  - le Nouveau Code de procédure civile,
  - le Code pénal,
  - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
  - et la loi communale du 13 décembre 1988
  - Rapporteur: Madame Viviane Loschetter
  - Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat
- 5867 *Projet de loi relatif à la responsabilité parentale*  
*(- Rapporteur: Madame Christine Doerner)*  
*Le projet de loi ne figurera plus à l'ordre du jour dès qu'il aura fait l'objet d'un arrêté grand-ducal de retrait du rôle des affaires de la Chambre des Députés.*
- 5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale
- 6797 Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation
3. Divers

\*

Présents : Mme Simone Beissel, M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, Mme Josée Lorsché, Mme Viviane Loschetter, M. Paul-Henri Meyers, M. Laurent Mosar, M. Gilles Roth

M. Fernand Kartheiser, député (*auteur de la proposition de loi 6797*)

Mme Jeannine Dennewald, Mme Joëlle Schaack, du Ministère de la Justice

Mme Marie-Jeanne Kappweiler, Avocat général

M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, Mme Octavie Modert, Mme Lydie Polfer, M. Roy Reding

\*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

\*

**1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 25 et 30 mai 2016**

Les projets de procès-verbal sous rubrique recueillent l'accord unanime des membres de la commission.

- 2. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant**
- le Code civil,
  - le Nouveau Code de procédure civile,
  - le Code pénal,
  - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
  - et la loi communale du 13 décembre 1988

**Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat**

**1. Organisation des travaux**

Madame la Rapportrice résume les points clés de la discussion menée au sein de la commission en date du 1<sup>er</sup> juin 2016 (P.V. J 33) et revient notamment sur la volonté des membres de la commission de s'informer davantage sur la prospective des législations étrangères en matière du droit de la filiation.

L'oratrice rappelle qu'une connaissance approfondie des législations étrangères peut servir d'outil d'orientation dans le cadre des travaux relatifs au présent projet de loi

Le représentant du Ministre de la Justice annonce qu'un document de travail, contenant une approche comparative de diverses législations étrangères en matière du droit de la filiation sera transmis, sous réserve de l'accord définitif de Monsieur le Ministre de la Justice, aux membres de la Commission juridique.

L'oratrice donne à considérer que le Ministère de la Justice ne dispose pas d'un service spécifiquement dédié à l'étude du droit comparé, partant, le document de travail constitue une compilation de travaux élaborés par diverses institutions et organisations internationales.

Le document de travail sert à apporter des éclaircissements juridiques sur certaines législations étrangères en abordant certaines problématiques actuelles auxquelles le droit de la filiation est confronté, à l'exclusion de toute considération de nature politique.

Elle explique qu'un certain nombre de documents risquent de ne pas être à jour, comme les législations étrangères peuvent avoir été modifiées entretemps.

De même, un tableau synoptique sera transmis aux membres de la commission.

## Echange de vues

- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR critique l'utilisation de la notion « *approche progressiste* ». Selon l'orateur, cette notion comporte une connotation politique et il estime qu'il n'appartient pas à des fonctionnaires de devoir formuler des positions politiques par rapport aux discussions menées dans le cadre du présent projet de loi. Il est d'avis que cette notion fait référence à une idéologie qui risquerait de remettre en cause l'intérêt supérieur de l'enfant et le modèle familial traditionnel.

L'orateur donne à considérer que toutes les tentatives en Allemagne ayant eu pour objet l'introduction de l'homoparentalité dans la législation allemande ont échoué. L'approche du législateur allemand pourrait également guider le législateur luxembourgeois en matière du droit de la filiation.

- ❖ Madame la Rapportrice ne partage pas ce point de vue. Elle explique que cette notion ne présente aucune connotation politique, mais constitue la terminologie fréquemment utilisée par les auteurs doctrinaux en matière du droit de la filiation.

## 2. Discussion générale sur la co-parentalité en faveur des couples de même sexe

### Echange de vues

Le représentant du Parquet général explique que le législateur belge a procédé à une extension de la présomption de la co-parentalité aux couples mariés de sexe féminin. Ainsi, cette présomption de co-parentalité joue pendant la durée du mariage entre deux femmes. La présumée coparente est l'épouse de la mère si l'enfant est né pendant le mariage (article 325-2 du Code civil belge).

Cette disposition ne s'applique cependant pas aux couples mariés de sexe masculin.

Partant, cette disposition risque d'être considérée comme une discrimination en défaveur des couples mariés de sexes masculins et suscite des discussions controversées au sein de la doctrine belge.

Ainsi, l'épouse de la mère de l'enfant peut également recourir à la reconnaissance volontaire de l'enfant (article 325-4 du Code civil belge).

Au sujet de la reconnaissance volontaire de l'enfant, il est précisé que le législateur belge a maintenu le principe selon lequel seul le père biologique de l'enfant peut recourir au mécanisme de la reconnaissance volontaire de l'enfant. Ce principe de la vérité biologique ne s'applique cependant pas à l'épouse de la mère de l'enfant. Ainsi, pour l'épouse de la mère de l'enfant, le recours facultatif au mécanisme de la reconnaissance volontaire constitue une fiction juridique, déliée de la vérité biologique.

D'ailleurs, le législateur belge a limité le nombre de filiations à établir à l'égard d'un enfant au nombre de deux. En cas de contestation relative à l'établissement du lien de filiation par un prétendu parent, le principe de l'établissement chronologique de la filiation s'applique. Ainsi, seule une décision de justice, coulée en force de chose jugée, peut annuler une filiation établie à l'égard d'un enfant.

Le représentant du Ministre de la Justice renvoie aux discussions actuelles dans certains pays voisins qui envisagent de légiférer sur un éventuel recours au mécanisme de la gestation pour autrui (dénommée ci-après « GPA »), réservé aux seuls couples mariés de sexe masculin, qui sont dans l'impossibilité biologique de donner naissance à un enfant.

- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR donne à considérer que, d'un point de vue biologique, les couples de sexe féminin peuvent procréer un enfant en ayant recours à la procréation médicalement assistée (dénommée ci-après « PMA ») et en ayant recours à la GPA.
- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la compatibilité de ces dispositions avec le droit de l'enfant de connaître ses origines personnelles.

Madame la Rapportrice explique que la question du droit de l'enfant de connaître ses origines personnelles est intimement liée à la problématique du maintien éventuel de l'anonymat du tiers donneur dans le cadre de la PMA. Elle estime qu'il s'agit d'un point clé de la discussion en matière de la réforme du droit de la filiation et propose que ces deux sujets fassent l'objet d'une discussion approfondie lors d'une prochaine réunion.

L'oratrice estime qu'il serait judicieux de connaître la prospective des législations étrangères en matière de la levée de l'anonymat du donneur de gamètes et du droit de l'enfant de connaître ses origines personnelles. [Ministère de la Justice]

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge les conséquences juridiques d'une levée de l'anonymat du tiers donneur. Ainsi, il ne serait pas exclu à ce qu'un tiers donneur pourrait être condamné à verser une pension alimentaire à un enfant issu d'une PMA, malgré les dispositions proposées à l'endroit de l'article 313 alinéa 2 du présent projet de loi.
- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR renvoie à des décisions de justice étrangères ayant condamné des donneurs de sperme à verser une pension alimentaire à un enfant issu d'une PMA.

L'orateur se prononce en faveur de légiférer à ce sujet dans le cadre du présent projet de loi.

Il donne à considérer que si le législateur entendait interdire la PMA, aucune voie de recours à l'encontre du donneur de sperme ne serait ouverte.

Le représentant du Ministre de la Justice explique que, contrairement à d'autres pays, le Luxembourg ne s'est pas doté d'une législation spécifique qui encadre le volet médical en matière des techniques de PMA.

L'oratrice renvoie aux progrès réalisés par la biomédecine au fil des dernières années et aux risques de laisser subsister un vide juridique en la matière.

Elle donne à considérer que si le législateur veut réglementer le volet médical de la PMA, une concertation préalable avec le Ministère de la Santé serait indispensable.

Dans le cadre d'une éventuelle action en justice contre un donneur de sperme, il faudrait également tenir compte des implications au niveau du droit international privé, comme un don de sperme pourrait provenir de l'étranger.

- ❖ Un représentant du groupe politique déi Gréng estime à cet égard qu'il serait judicieux de continuer les travaux législatifs relatifs à la ratification de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la

biologie et de la médecine, encore appelée Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine.

Le représentant du Parquet général précise que la loi du 1<sup>er</sup> août 2007 relative aux tissus et cellules humains destinés à des applications humaines dispose dans son article 14 alinéa 2 que :

*« 2) L'identité du receveur ne doit être révélée ni au donneur ni à sa famille et inversement, sans préjudice de dispositions particulières pouvant régir le don de gamètes ».*

L'oratrice estime cependant qu'une législation précise en matière d'accès aux origines personnelles serait utile.

### **3. Aperçu sur la jurisprudence étrangère en matière de GPA**

Le représentant du Parquet général présente aux membres de la commission plusieurs jurisprudences.

L'oratrice rappelle que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (dénommée ci-après « Convention EDH ») dispose que :

*« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

*2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » .*

- L'oratrice renvoie à la position de la Cour de cassation française en matière de GPA réalisées à l'étranger (Cour de cassation française, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 13 septembre 2013, N° de pourvoi: 12-30138 et 12-18315). La Cour de cassation française a refusé la transcription d'un acte de naissance d'un enfant issu d'une GPA, en s'appuyant sur le fondement de la fraude. Elle a approuvé la décision d'une cour d'appel d'avoir déduit de l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre le père et la mère de l'enfant, que l'acte de naissance de celui-ci établi par les autorités étrangères ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français. En application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », toutes les conséquences de la fraude sont anéanties et la filiation ne peut être établie en France.
- La Cour européenne des droits de l'Homme (dénommée ci-après « CEDH ») a rendu deux arrêts récents en matière de GPA (arrêts *Menesson c. France* du 26 juin 2014, requête n° 65192/11 et *Labassée c. France* du 26 juin 2014, requête n° 65941/11).

Ainsi, les requérants sont dans l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance en droit français de la filiation entre les parents d'intention et les enfants, établie aux Etats-Unis. Les requérants ont eu recours à une GPA aux Etats-Unis. Les autorités françaises leur opposant l'illégalité des conventions de GPA conclues par les requérants avec des mères porteuses.

Les requérants ont été définitivement déboutés de leur demandes par la Cour de cassation française le 6 avril 2011 au motif que de telles transcriptions ou inscriptions donneraient effet

à une convention de gestation pour autrui, frappée d'une nullité conformément aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil français.

La CEDH retient dans son arrêt que:

*« Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 62 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.*

[...]

*Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun..., on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. »*

La CEDH estime qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'Etat français est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. La Cour conclut que le droit des enfants au respect de leur vie privée a été méconnu, en violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention EDH.

Il y a lieu de noter que les parents ne sauraient invoquer les dispositions de la Convention EDH, comme le recours à la GPA constitue pour eux un fait volontaire. La législation restrictive de la France à l'égard des parents d'intention n'est pas critiquée par la CEDH.

La Cour de cassation française (arrêts du 3 juillet 2015, pourvoi n°14-21.323 ; 15-50.002) a réagi suite à la jurisprudence récente de la CEDH. La France semble opter pour une construction de la filiation lien par lien, en distinguant au besoin entre le parent biologique et le parent d'intention. Il s'agit d'une approche minimaliste pour se conformer à la jurisprudence de la CEDH. Cependant, la question de l'établissement du lien de filiation à l'égard du parent d'intention reste ouverte. Par un revirement de jurisprudence, elle décide de limiter les effets de la prohibition en France de la GPA effectuée à l'étranger, lorsque les mentions dans l'acte de naissance correspondent à la réalité biologique, sans pour autant revenir sur le principe même de l'interdiction de la GPA.

- Dans l'affaire D. et autres contre la Belgique (CEDH, arrêt du 8 juillet 2014, requête n°29176/13), la CEDH a estimé que les parents d'intention ne peuvent invoquer une atteinte à l'article 8 de la Convention EDH, en cas de vérifications juridiques supplémentaires effectuées par les autorités nationales suite à une GPA effectuée à l'étranger.

En l'espèce, les parents d'intention ont eu recours à une GPA réalisée en Ukraine et les autorités belges ont refusé de fournir un document de voyage à l'enfant issu de cette GPA jusqu'à ce que les parents d'intention fournissent suffisamment d'éléments permettant d'établir l'apparence d'une filiation avec l'enfant.

Ce refus des autorités belges a engendré une séparation effective entre les parents d'intention et l'enfant. La Cour constate que les parents d'intention ont été victimes d'une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie familiale. Cependant, cette ingérence avait une base légale et elle était justifiée par des objectifs de prévention des infractions pénales, en particulier de lutte contre la traite des êtres humains, et par celui de protéger les droits d'autrui, en l'espèce les droits de la mère porteuse et, dans une certaine mesure également, les droits de l'enfant.

La Cour note que, eu égard aux circonstances de l'espèce, ni la procédure en référé entamée par les parents d'intention en Belgique, ni la période de séparation effective entre les requérants et l'enfant ne sauraient être considérées comme déraisonnablement longues. En effet, la Convention ne saurait obliger les Etats d'autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes.

- L'affaire Paradiso et Campanelli contre Italie (CEDH, 27 janvier 2015, requête 25358/12, renvoyée devant la Grande Chambre, donc il ne s'agit pas d'un arrêt définitif) concerne également la problématique de l'arrivée sur le territoire national d'un enfant né d'une GPA à l'étranger. Dans le cas d'espèce, les autorités italiennes n'avaient pas reconnu la filiation établie à l'étranger et ont pris la mesure d'éloigner l'enfant de ses parents d'intention et de le placer sous tutelle. Il y a lieu de noter que les autorités italiennes ont découvert qu'aucun lien biologique n'existait entre les parents d'intention et l'enfant.

La Cour a estimé que les considérations d'ordre public ayant orienté les décisions des autorités italiennes ne pouvaient l'emporter sur l'intérêt supérieur de l'enfant, malgré l'absence de tout lien biologique et la brièveté de la période pendant laquelle les requérants se sont occupés de l'enfant. La Cour rappelle également que l'éloignement d'un enfant du contexte familial est une mesure extrême ne pouvant se justifier qu'en cas de danger immédiat pour lui, la Cour a estimé qu'en l'espèce, les conditions pouvant justifier un éloignement n'étaient pas remplies.

#### **4. Aperçu sur la jurisprudence étrangère en matière de PMA**

- Dans l'affaire Evans contre Royaume-Uni (CEDH, 10 avril 2007, n°6339/05) la Cour refuse de condamner au nom du droit au respect de la privée et familiale, le Royaume-Uni dont la législation interdit l'implantation d'un embryon conçu par fécondation *in vitro* lorsque le conjoint a retiré son consentement. La Cour compatit à la situation de la requérante, qui se retrouve sans l'implantation des embryons dans l'impossibilité à donner naissance à un enfant biologique, mais ne voit pas de raison de faire prédominer son droit de devenir parent au sens génétique du terme sur celui de son ex-conjoint au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant biologique avec elle.

La Cour retient que :

*« Le dilemme au cœur de la présente affaire tient au fait que se trouvent en conflit les droits puisés dans l'article 8 par deux individus : la requérante et l'ex-conjoint. En outre, l'intérêt de chacun est totalement inconciliable avec celui de l'autre, puisque si la requérante est autorisée à recevoir les embryons, son ex-conjoint sera contraint de devenir père, et que si le refus ou la révocation par l'ex-conjoint de son consentement est confirmé, la requérante se verra privée de la possibilité de devenir parent au sens génétique du terme. Dans les circonstances difficiles de l'espèce, quelle que soit la solution adoptée par les autorités*

*nationales, les intérêts de l'une des parties au traitement par fécondation in vitro seront entièrement déçus.*

*Si la requérante critique que les dispositions législatives relatives au consentement en ce qu'elles ne souffrent aucune dérogation, la Cour estime que le caractère absolu de la loi n'est pas, en soi, nécessairement incompatible avec l'article 8. La décision du législateur britannique d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception, afin que toute personne donnant des gamètes aux fins d'un traitement par fécondation in vitro puisse avoir la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement, procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par fécondation in vitro. »*

- Dans l'affaire Parillo contre Italie (CEDH, 27 août 2015, requête n°46470/11) la Cour a été amenée à répondre à la question si le droit au respect de la vie privée peut englober le droit de disposer d'embryons issus d'une fécondation *in vitro* dans le but d'en faire don à des recherches scientifiques.

En l'espèce, Madame Parrillo et son compagnon ont eu recours aux techniques de la PMA. Suite à un traitement de fécondation *in vitro*, le couple a obtenu cinq embryons, qui ont été cryoconservés.

Le compagnon de Madame Parrillo est décédé en novembre 2003, avant qu'une implantation n'ait pu être effectuée. La requérante souhaite mettre les embryons obtenus par fécondation *in vitro* à la disposition d'un institut spécialisé à la recherche scientifique.

En 2004, le législateur italien adopte une loi qui interdit les expériences sur les embryons humains.

*« La Cour constate que les embryons conçus par fécondation in vitro renferment le patrimoine génétique de la requérante et représentent donc une partie constitutive de son identité. Elle conclut que la possibilité pour la requérante de choisir quel sort réserver à ses embryons touche un aspect intime de sa vie personnelle.*

*L'interdiction faite à la requérante de faire le don en question constitue une ingérence au droit de la vie privée, cependant, la Cour constate que l'Etat italien poursuivait le but de protéger la « potentialité de vie dont l'embryon est porteur », l'embryon humain étant considéré dans l'ordre juridique italien comme un sujet de droit devant bénéficier du respect de la dignité humaine.*

*La Cour estime d'emblée que l'Italie devait bénéficier d'une ample marge d'appréciation dans cette affaire qui soulevait des questions moralement et éthiquement sensibles ».*

Enfin, la Cour constate que rien n'atteste de la volonté du compagnon décédé de la requérante de donner les embryons à la science, alors qu'il était concerné au même titre que la requérante à l'époque de la fécondation *in vitro*.

La CEDH conclut que l'Italie n'a pas outrepassé l'ample marge d'appréciation dont elle jouissait dans cette affaire et que l'interdiction litigieuse était « *nécessaire dans une société démocratique* ». Par conséquent, il n'y a pas eu violation de l'article 8.

Il est précisé que la CEDH a retenu qu'il n'était pas nécessaire de se pencher dans cette affaire sur la question, délicate et controversée, du début de la vie humaine.

## Echange de vues

- ❖ Madame la Rapportrice constate que la CEDH prend en compte la législation nationale en matière de PMA et de GPA. Les notions clés qui pourraient orienter le législateur sont l'intérêt supérieur de l'enfant sous ses diverses facettes et le lien biologique entre l'enfant et ses parents.

Le représentant du Parquet général précise la CEDH ne donne pas une trame aux législateurs nationaux en matière de PMA et de GPA et laisse une appréciation assez large aux législations nationales, à condition que des droits fondamentaux seraient respectés.

- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR revient sur les arrêts Mennesson contre France et Labassée contre France.

L'orateur tient à préciser que la problématique du refus de la transcription d'un acte de naissance étranger est à distinguer de la problématique de l'identité et de la nationalité de l'enfant. L'enfant né d'une GPA effectuée à l'étranger dispose d'une nationalité étrangère, avec l'ensemble des droits et obligations y afférentes (en l'espèce la nationalité américaine).

L'orateur renvoie aux discussions doctrinales et donne à considérer que l'enfant en question n'est pas privé de ses droits fondamentaux en raison de sa nationalité étrangère et du statut que lui confère cette nationalité en France.

En outre, il estime que les parents d'intention qui recourent à une GPA qui est explicitement prohibée par le droit national, devraient subir les conséquences légales d'une telle transgression de la loi.

Ainsi, il met en garde le législateur de ne pas légaliser implicitement le recours à la GPA réalisée à l'étranger.

Il renvoie à la complexité de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant et donne à considérer que souvent les enfants doivent indirectement subir les conséquences psychologiques et sociales des infractions commises par leurs parents.

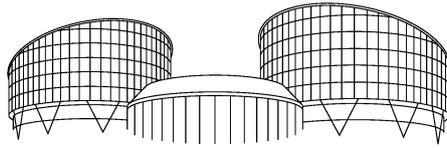
Il estime que la GPA constitue une pratique commerciale qui remet en cause le principe selon lequel le corps humain ne peut faire l'objet d'un droit patrimonial. Selon l'orateur, la GPA conduirait systématiquement à un acte d'abandon d'enfant par la mère porteuse et à une marchandisation du corps humain, ainsi qu'à un détournement du droit de l'adoption.

## 3. Divers

Les membres de la Commission conviennent de prévoir la tenue de deux réunions supplémentaires, en dehors de la plage horaire du mercredi matin de 09h00 à 10h30 le jeudi, 16 juin 2016 à 14h00 et le mardi, 19 juillet 2016 à 10h30.

Le Secrétaire-administrateur (*stagiaire*),  
Christophe Li

La Présidente,  
Viviane Loschetter



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CINQUIÈME SECTION

**AFFAIRE LABASSEE c. FRANCE**

*(Requête n° 65941/11)*

ARRÊT

STRASBOURG

26 juin 2014

**DÉFINITIF**

**26/09/2014**

*Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.*



**En l'affaire Labassee c. France,**

La Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), siégeant en une chambre composée de :

Mark Villiger, *président*,

Angelika Nußberger,

Boštjan M. Zupančič,

Ganna Yudkivska,

Vincent A. De Gaetano,

André Potocki,

Aleš Pejchal, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 10 juin 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 65941/11) dirigée contre la République française et dont des ressortissants de cet État, M. Francis Labassee (« le premier requérant ») et M<sup>me</sup> Monique Labassee (« la deuxième requérante ») (« les premiers requérants »), et une ressortissante américaine, M<sup>lle</sup> Juliette Labassee (« la troisième requérante »), ont saisi la Cour le 6 octobre 2011 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants sont représentés par la société civile professionnelle Gadiou Chevallier, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> Edwige Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le 12 février 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement et le président de la section a décidé qu'il serait procédé simultanément à son instruction et à celle de la requête *Mennesson c. France* (n° 65192/11).

4. Le Gouvernement a déposé un mémoire sur la recevabilité et le fond de l'affaire. Les requérants ont renvoyé aux conclusions de leur requête.

5. Le 10 octobre 2013, le président de la section a décidé, en vertu de l'article 54 § 2 a) du règlement, de poser des questions complémentaires aux requérants et au Gouvernement, qui y ont répondu les 20 et 21 novembre 2013 respectivement.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Les requérants sont nés respectivement en 1950, 1951 et 2001 et résident à Toulouse.

7. Les premiers requérants sont mari et femme. En raison d'un problème d'infertilité de la deuxième requérante, ils décidèrent de recourir à la gestation pour autrui. À cette fin, le 20 juin 2000, ils conclurent aux États-Unis un contrat avec l'*International Fertility Center for Surrogacy* puis, le 29 octobre 2000, un contrat avec cet institut et M. et M<sup>me</sup> L., aux termes desquels cette dernière porterait un embryon provenant d'un ovocyte d'une donneuse anonyme et des gamètes du premier requérant.

8. C'est ainsi que, le 27 octobre 2001, la troisième requérante naquit dans le Minnesota, aux États-Unis.

9. Par un jugement du 31 octobre 2001, le Tribunal de l'État du Minnesota, statuant sur requête de M<sup>me</sup> L., constata que le but de la grossesse de cette dernière avait été de donner naissance à un enfant biologiquement lié au requérant, qu'elle n'entendait pas conserver ses droits parentaux et que lesdits droits prenaient fin avec ce jugement.

Le même jour, saisi par le premier requérant ainsi que par M. et M<sup>me</sup> L., ce même tribunal rendit un second jugement, constatant que le premier requérant déclarait être le père biologique de la troisième requérante, que le nom de cette dernière était Juliette Monique Labassee, que sa garde légale et physique était accordée au premier requérant, celui-ci étant autorisé à retourner en France avec elle, et qu'aucun droit de visite n'était donné à M. et M<sup>me</sup> L., lesquels renonçaient expressément à leurs droits sur l'enfant.

10. Dressé au Minnesota le 1<sup>er</sup> novembre 2001, l'acte de naissance de la troisième requérante indique qu'elle est la fille du premier requérant et de la deuxième requérante.

#### A. Le refus de transcription de l'acte de naissance

11. Le 28 juillet 2003, le Parquet du tribunal de grande instance de Nantes informa les premiers requérants qu'il refusait de retranscrire l'acte de naissance de la troisième requérante sur les registres de l'état civil français, au motif qu'une telle mesure serait contraire à l'ordre public français.

## **B. L'acte de notoriété établi par le juge des tutelles du tribunal d'instance de Tourcoing**

12. Saisi par les requérants, le juge des tutelles du tribunal de grande instance de Tourcoing, au vu de l'acte de naissance de la troisième requérante, de l'acte de mariage des premiers requérants et de témoignages indiquant qu'ils s'occupaient de l'enfant depuis sa naissance, établit, le 3 décembre 2003, un acte de notoriété.

## **C. Le jugement du tribunal de grande instance de Lille du 4 mai 2006**

13. Le Parquet de Nantes ayant refusé de porter la mention marginale de cet acte à l'état civil, les premiers requérants, le 20 juillet 2004, assignèrent le ministre de la Justice devant le tribunal de grande instance de Lille afin de voir ordonner la transcription de l'acte de notoriété. Le 10 septembre 2004, le procureur de la République près cette juridiction les assigna à son tour afin de voir annuler l'acte de notoriété.

14. Les deux instances ayant été jointes, le tribunal débouta les requérants par un jugement du 22 mars 2007. Il considéra que la convention de mère porteuse était nulle car conclue en violation de la loi française, et avait un caractère frauduleux. Il en déduisit que la possession d'état sur laquelle se fondaient les requérants et l'acte de notoriété étaient viciés et ne pouvaient permettre l'établissement d'un lien de filiation.

## **D. L'arrêt de la cour d'appel de Douai du 14 septembre 2009**

15. Saisie par les requérants, la cour d'appel de Douai confirma le jugement déféré par un arrêt du 14 septembre 2009. Elle retint notamment ce qui suit :

« (...) Il n'est pas contesté que Monsieur et Madame Labassee traitent Juliette Labassee depuis sa naissance comme leur enfant et pourvoient à son éducation et son entretien.

Cependant, la possession d'état doit, pour pouvoir constituer une présomption légale, permettant d'établir la filiation, être également exempte de vice.

En l'espèce, la possession d'état de Juliette Labassee à l'égard de Monsieur et Madame Labassee résulte de la convention de gestation pour autrui, conclue entre Monsieur et Madame Labassee et Madame [L.], en vertu de laquelle Madame [L.] leur a remis Juliette, dont elle venait d'accoucher, après insémination artificielle, l'embryon étant conçu avec un gamète de Monsieur Labassee et un ovocyte provenant d'une donneuse anonyme.

Cette possession d'état repose ainsi sur un contrat portant sur la gestation, contrat atteint, en application des articles 16-7 et 16-9 du code civil, d'une nullité absolue qui s'impose aux parties comme aux tiers.

Dans ces conditions, une telle possession d'état est viciée et ne peut avoir d'effet en ce qui concerne la filiation quel que soit le demandeur.

Il ne peut être valablement soutenu que cette absence d'effet porte atteinte à l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à l'intérêt supérieur de l'enfant, tel que protégé par l'article 3 § 1 de la convention de New York, alors que les principes d'indisponibilité du corps humain et d'indisponibilité de l'état des personnes, ainsi que le caractère d'ordre public de l'article 16-7 du code civil, imposent, en l'état de la loi française, d'exclure tout effet à une convention de gestation pour autrui, dite de mère porteuse.

Au vu de ces considérations, il convient de débouter les [requérants] de leurs demandes principales visant à voir ordonner la transcription du certificat de notoriété établissant la possession d'état d'enfant de Juliette à l'égard de Monsieur et Madame Labassee.

En ce qui concerne la demande subsidiaire de Monsieur Labassee visant à voir constater que le lien de filiation existant entre lui et Juliette est établi par la possession d'état, il convient de relever, comme retenu ci-avant, que la possession d'état d'enfant de Juliette à l'égard de Monsieur Labassee résulte d'une convention de gestation pour autrui, atteinte d'une nullité absolue, et qu'elle ne peut donc produire aucun effet.

Dans ces conditions, la possession d'état de Monsieur Labassee est viciée et sa demande doit être également rejetée pour les mêmes motifs que ceux ci-avant exposés (...) »

### **E. L'arrêt de la Cour de cassation, du 6 avril 2011**

16. Les requérants se pourvurent en cassation, faisant notamment valoir une méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant – au sens de l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant – et une violation de l'article 8 de la Convention.

17. Le 6 avril 2011, la Cour de cassation (première chambre civile), rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :

« (...) attendu qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français ;

Que dès lors, la cour d'appel a retenu à bon droit, qu'en l'état de la convention du 29 octobre 2000 portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la possession d'état de [la troisième requérante] à l'égard [des premiers requérants] ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation ; qu'une telle situation, qui ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit de l'État du Minnesota lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les [premier requérants] en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cette enfant au sens de l'article 8 de la Convention (...), non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant (...). »

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Dispositions de droit civil

18. L'article 18 du code civil est rédigé comme il suit :

« Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français. »

19. Les articles 16-7 et 16-9 du code civil (créés par loi n° 94-653 du 29 juillet 1994) sont ainsi libellés :

#### Article 16-7

« Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »

#### Article 16-9

« Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. »

20. À la date de la naissance de la troisième requérante (le 27 octobre 2001) et jusqu'au 27 novembre 2003, l'article 47 du code civil prévoyait que « tout acte de l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ». La Cour de cassation avait toutefois précisé que « les actes de l'état civil ne font foi des faits qui ont été déclarés à l'officier de l'état civil que jusqu'à la preuve du contraire » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 novembre 1986 : Bulletin 1986 I, n° 258, p. 247).

Dans sa version en vigueur du 27 novembre 2003 au 15 novembre 2006, l'article 47 du code civil était rédigé comme il suit :

« 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 que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

En cas de doute, l'administration, saisie d'une demande d'établissement, de transcription ou de délivrance d'un acte ou d'un titre, sursoit à la demande et informe l'intéressé qu'il peut, dans un délai de deux mois, saisir le procureur de la République de Nantes pour qu'il soit procédé à la vérification de l'authenticité de l'acte.

S'il estime sans fondement la demande de vérification qui lui est faite, le procureur de la République en avise l'intéressé et l'administration dans le délai d'un mois.

S'il partage les doutes de l'administration, le procureur de la République de Nantes fait procéder, dans un délai qui ne peut excéder six mois, renouvelable une fois pour les nécessités de l'enquête, à toutes investigations utiles, notamment en saisissant les autorités consulaires compétentes. Il informe l'intéressé et l'administration du résultat de l'enquête dans les meilleurs délais.

Au vu des résultats des investigations menées, le procureur de la République peut saisir le tribunal de grande instance de Nantes pour qu'il statue sur la validité de l'acte

après avoir, le cas échéant, ordonné toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

21. Il résulte des articles 319 et 320 du code civil, dans leur version applicable en l'espèce, que la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil et qu'à défaut, la possession d'état d'enfant légitime suffit.

22. L'article 311-3 du code civil (abrogé en 2006) était ainsi rédigé :

« Les parents ou l'enfant peuvent demander au juge des tutelles que leur soit délivré, dans les conditions prévues aux articles 71 et 72 du présent code, un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire ;

Sans préjudice de tous autres moyens de preuve auxquels ils pourraient recourir pour en établir l'existence en justice, si elle venait à être contestée.

Le lien de filiation établi par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant. »

## **B. Disposition de droit pénal**

23. Les articles 227-12 et 227-13 du code pénal disposent :

### **Article 227-12**

« (...) Est puni [d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende] le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative (...) est punie des mêmes peines. »

### **Article 227-13**

« La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

La tentative est punie des mêmes peines. »

## **C. Jurisprudence de la Cour de cassation**

24. La Cour de cassation considère que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes (Cass. ass. plén. 31 mai 1991 : Bulletin 1991 A.P., n° 4, p. 5 ; dans cette affaire, la mère porteuse était la mère biologique de l'enfant). Cette position fait obstacle à l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant issu d'une telle convention et la femme qui l'a recueilli à sa naissance et qui l'élève, que ce soit, comme en l'espèce, par l'effet de la possession d'état

(Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avril 2011 ; pourvoi n° 09-17130), par le biais de la transcription sur les registres de l'état civil des mentions figurant sur un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 avril 2011 ; pourvoi n° 09-66486) ou par le biais de l'adoption (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 1994 : Bulletin 1994 I, n° 226, p. 165 ; dans cette affaire également, la mère porteuse était la mère biologique de l'enfant).

25. Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de la transcription des actes de naissance d'enfants nés en Inde d'une gestation pour autrui, de mères indiennes et de pères français (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. ; pourvois n°s 12-18315 et 12-30138). Ces derniers, qui avaient préalablement reconnus les enfants en France, avaient vainement sollicité la transcription des actes de naissances établis en Inde. Dans l'un des cas, la cour d'appel avait ordonné la transcription au motif que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux n'étaient pas contestées. La Cour de cassation a cassé l'arrêt au motif qu'en l'état du droit positif, le refus de transcription est justifié « lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des [articles 16-7 et 19-9 du code civil] » (la Cour de cassation a statué à l'identique le 19 mars 2014 dans une affaire similaire ; pourvoi n° 13-50005). Dans l'autre cas, la cour d'appel avait refusé d'ordonner la transcription, retenant qu'il ne s'agissait pas seulement d'un contrat de gestation pour autrui prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, contraire à l'ordre public, le père ayant versé à la mère porteuse un salaire de 1 500 EUR. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi par le même motif que dans son autre arrêt. Elle a ajouté qu'« en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention (...) ne sauraient être utilement invoqués ». Sur ce même fondement et après avoir souligné que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel en ce qu'elle avait annulé la reconnaissance de paternité.

#### **D. La décision du juge des référés du Conseil d'État du 4 mai 2011**

26. Par une décision du 4 mai 2011, le juge des référés du Conseil d'État a rejeté un appel du ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes, dirigé contre une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lyon enjoignant de faire bénéficier des enfants nés en Inde

d'un père français et d'une mère indienne d'un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire français dans les meilleurs délais. Leur demande à cette fin avait été rejetée par les autorités au motif qu'elles soupçonnaient qu'ils étaient nés d'une gestation pour autrui.

Le juge des référés du Conseil d'État retient notamment que « la circonstance que la conception de ces enfants par [le père biologique français] et [la mère biologique indienne] aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant ».

#### **E. La circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013**

27. Le 25 janvier 2013, la garde des Sceaux, ministre de la Justice, a adressé aux procureurs généraux près les cours d'appel, au procureur près le tribunal supérieur d'appel, aux procureurs de la République et aux greffiers des tribunaux d'instance, la circulaire suivante :

« L'attention de la chancellerie a été appelée sur les conditions de délivrance des certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.

Vous veillerez, dans l'hypothèse où de telles demandes seraient formées, et sous réserve que les autres conditions soient remplies, à ce qu'il soit fait droit à celles-ci dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil selon lequel « 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 ».

À l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance sera fondé, après consultation du bureau de la nationalité, à refuser la délivrance d'un CNF.

J'appelle votre attention sur le fait que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probantes au sens de l'article 47 précité.

Dans tous les cas, le bureau de la nationalité sera destinataire d'une copie du dossier et du certificat de nationalité française délivré ou du refus de délivrance opposé.

Vous veillerez, par ailleurs, à informer le bureau de la nationalité de toutes difficultés liées à l'application de la présente circulaire. »

### III. L'ÉTUDE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LA RÉVISION DES LOIS DE BIOÉTHIQUE

28. Dans une étude sur la révision des lois de bioéthique adoptée par son assemblée générale plénière le 9 avril 2009 (La documentation française, 2009), le Conseil d'État s'est notamment penché sur les questions que pose la gestation pour autrui. Abordant la problématique de la reconnaissance en droit français des enfants ainsi conçus, il a souligné ce qui suit (pp. 63-66) :

« (...)

#### **La question de la reconnaissance en droit français des enfants nés de gestations pour autrui**

Quel est le statut juridique des enfants nés, en France ou à l'étranger, d'une gestation pour autrui illégale mais dont les parents d'intention veulent faire reconnaître en France la filiation, notamment par la transcription à l'état civil des actes de naissance dressés sur place ? La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur une affaire où la Cour d'appel avait, à rebours de la plupart des décisions de juges du fond, reconnu la validité de la transcription des actes d'état civil dressés aux États-Unis. Mais si la Cour de cassation a cassé l'arrêt, c'est pour une raison de procédure et sans traiter le fond, de sorte que la question n'est toujours pas tranchée en jurisprudence (Première chambre civile, affaire 07-20 468, arrêt no 1285, 17 décembre 2008).

Les questions juridiques que cette situation pose sont sérieuses.

Dans la plupart des cas, les parents d'intention demandent la transcription sur les registres de l'état civil français des actes juridiques qui établissent leur lien de parenté dans le pays où a eu lieu la gestation pour autrui – il s'agit en général de la reconnaissance de l'enfant par le père et de l'adoption de ce même enfant par la mère d'intention.

La reconnaissance de la paternité du père, s'il a été donneur, ne soulève pas toujours de difficultés, quoique la jurisprudence, assez rare sur ces questions, ne soit pas clairement tranchée. Certains tribunaux considèrent en effet que, en se rendant à l'étranger pour y conclure une convention illégale en France, le couple contourne sciemment la loi française et que, par suite, en vertu du principe selon lequel « la fraude corrompt tout », la filiation paternelle doit être refusée. Dans d'autres cas, le père donneur a fait procéder à la transcription sans que le Parquet en ait demandé l'annulation. En pratique, le problème tient cependant principalement à la reconnaissance de la « mère d'intention », la Cour de cassation ayant interdit que l'enfant né d'une gestation pour autrui légale à l'étranger puisse faire l'objet d'une adoption plénière par la femme ou la compagne du père de l'enfant, lorsque la paternité de celui-ci est établie (arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991, cf. supra note no 31). Pour la Cour de cassation, la disposition d'ordre public que constitue l'article 16-7 du code civil prévoyant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », il existe une contrariété entre la loi étrangère et l'ordre public international français.

L'absence de transcription de l'acte d'état civil étranger ne fait pas obstacle à ce que cet état civil soit reconnu et utilisé par les parents dans les actes de la vie courante (rapports avec les administrations, les écoles, les structures de soins...), d'autant que la formalité de la transcription ne revêt pour les couples concernés aucun caractère obligatoire. En effet, l'article 47 du code civil reconnaît la force probante des actes

d'état civil dressés à l'étranger [Note de bas de page : Sauf s'il est établi qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; mais ce n'est pas ce qui est en jeu dans les situations dont nous parlons]. L'acte doit toutefois être traduit et, sous réserve de conventions contraires, être légalisé ou « apostillé » par les autorités compétentes.

Toutefois, dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie. Il convient de relever notamment qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation de l'enfant établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, lorsque celle-ci décède, l'enfant ne peut pas hériter d'elle, sauf à ce qu'elle l'ait institué légataire, les droits fiscaux étant alors calculés comme si l'enfant était un tiers.

À ce jour, la pratique du parquet de Nantes, qui connaît de ces situations, est de refuser les transcriptions demandées, au motif que celles-ci sont contraires à l'ordre public international français. Il existe, il est vrai, la notion « d'effet atténué de l'ordre public », à laquelle on peut recourir lorsqu'il s'agit de laisser perdurer en France les effets d'une situation fixée à l'étranger, mais cette notion ne trouve pas à s'appliquer pour des couples français qui se sont spécialement rendus à l'étranger pour y bénéficier de la gestation pour autrui, si l'on considère que l'article 16-7 du code civil est une loi de police relevant de l'ordre public absolu et, en tout état de cause, qu'il y a eu une fraude à la loi. La transcription devient alors interdite. Cette position du Parquet – qui, le cas échéant, procède à la transcription de l'acte étranger à la seule fin d'en demander l'annulation – est partagée par certaines juridictions du fond qui ont eu à se prononcer. Cependant, toutes ne vont pas dans ce sens : un récent arrêt du 25 octobre 2007 de la cour d'appel de Paris [Note de bas de page : Cassé pour motif de procédure par l'arrêt du 17 décembre 2008 de la Cour de cassation déjà cité], confirmant un jugement du tribunal de grande instance de Créteil, a considéré que, « l'intérêt supérieur de l'enfant », garanti par le droit international, justifiait que soit transcrite la filiation tant paternelle que maternelle.

### **Quelles pistes si l'on veut permettre d'assurer aux enfants une certaine sécurité de la filiation ?**

Il a été proposé de dissocier le sort des enfants de celui du contrat illicite, dans l'esprit de l'évolution qui a été constatée pour les enfants adultérins. Dans ce dernier domaine, la loi a fini par reconnaître des droits, notamment successoraux, équivalents à ceux des autres enfants. Pour pallier les inconvénients résultant de l'absence de filiation des enfants issus de gestation pour autrui, la solution pourrait être d'admettre une sorte de « filiation putative » (en comparaison avec l'institution du mariage putatif admis par le droit français : en vertu de l'article 201 du code civil, un mariage déclaré nul peut malgré tout produire ses effets s'il a été contracté de bonne foi).

Il pourrait également être envisagé d'autoriser la transcription de la filiation paternelle et d'admettre une possibilité pour la mère d'intention d'engager une procédure d'adoption, impossible en l'état du droit. Cette solution permettrait au juge de contrôler l'adoption et de n'admettre celle-ci que si elle est dans l'intérêt de l'enfant. Cette solution pose toutefois un problème dans le cadre des couples non mariés, puisque l'adoption n'est pas permise au sein de tels couples : ainsi, un arrêt du 20 février 2007 de la Cour de cassation a annulé une décision admettant l'adoption de l'enfant par la compagne du père, au motif que cette adoption entraînait le transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante seule. Il en résulterait donc une différence selon le statut matrimonial du couple. En effet, l'adoptante non mariée serait alors

seule investie de l'autorité parentale (cf. articles 356 et 365 du code civil), à l'exclusion du père, et la question de l'héritage resterait entière.

Toutes ces solutions auraient cependant pour point commun de créer une profonde incohérence juridique par rapport à la prohibition de la gestation pour autrui en droit interne. Elles conduiraient en effet à reconnaître des effets juridiques à une situation que le législateur a formellement interdite. En privant d'une partie de ses effets l'interdiction de la gestation pour autrui, on prendrait le risque de faciliter des pratiques jugées contraires au respect de la personne humaine, qu'il s'agisse de la mère gestatrice ou de l'enfant. Sur un plan autant juridique que symbolique, il paraît délicat de concilier le maintien de cet interdit en France et la reconnaissance de certains effets d'une gestation régulièrement conduite à l'étranger. En outre, admettre une forme de régularisation au bénéfice des couples ayant eu légalement recours à une gestation pour autrui à l'étranger sans autoriser la même pratique pour les « parents d'intention » qui auraient recouru illégalement à la gestation pour autrui en France, créerait une injustice entre les enfants élevés par des couples ayant eu les moyens de se rendre à l'étranger et les enfants élevés par ceux qui n'auraient pu le faire.

Des solutions ponctuelles peuvent cependant être imaginées dans le but de pallier les difficultés pratiques des familles, sans modifier les règles relatives à la filiation.

On pourrait ainsi permettre la transcription de la seule filiation paternelle, en considérant qu'il en va de l'intérêt de l'enfant que sa filiation soit reconnue à l'égard de son père biologique ; puis, à défaut de permettre la reconnaissance de la filiation maternelle, la mère d'intention pourrait bénéficier, à la demande du père, d'un jugement de délégation avec partage de l'autorité parentale (article 377 du code civil). Dans ce cas, la mère pourrait bénéficier de prérogatives liées à l'autorité parentale (comme peuvent en bénéficier certains tiers au regard du droit de la famille) sans que la filiation à son égard soit pour autant établie. Toutefois, de même que l'option précédente consistant à permettre une adoption par la mère, le recours à une délégation-partage de l'autorité parentale nécessite que l'on admette une possibilité d'établissement de la filiation paternelle (par la transcription de l'acte étranger, ou par la reconnaissance). Celle-ci ne devrait pas, malgré les incertitudes jurisprudentielles, créer de difficulté, puisqu'il existe un lien biologique entre l'enfant et le père, lequel se trouve dans une situation similaire à celle du père d'un enfant né hors mariage. La filiation paternelle paraît au Conseil d'État pouvoir être reconnue.

On pourrait enfin autoriser l'inscription en marge de l'acte de naissance de l'enfant d'une mention relative au jugement étranger qui a reconnu la mère d'intention comme mère, en prévoyant que cette inscription aurait pour seul effet d'éviter qu'en cas de décès de la mère, une procédure d'adoption plénière par un tiers puisse priver les parents de la mère d'intention de tout lien avec l'enfant (cette inscription aurait pour effet de permettre une adoption simple mais non plénière). »

#### IV. LE RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL « FILIATION, ORIGINES, PARENTALITE »

29. Dans le cadre de la préparation d'un « projet de loi abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités et les nouveaux droits pour les enfants », la ministre déléguée à la famille a chargé un groupe de travail « filiation, origines, parentalité » présidé par M<sup>me</sup> Irène Théry, sociologue, directrice d'études à l'école des hautes études en sciences sociales, de préparer un rapport appréhendant les métamorphoses contemporaines de la

filiation et analysant la diversité de ses modalités d'établissement ainsi que les questions qu'elles soulèvent. Intitulé « filiation, origines, parentalité – le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle » et publié en avril 2014, ce rapport aborde notamment la question de la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. Constatant que la jurisprudence de la Cour de cassation fait obstacle à une telle reconnaissance, il souligne que cela a des « implications particulièrement graves » pour l'enfant. Il relève notamment ce qui suit :

« Il est d'abord impossible à l'enfant d'obtenir un acte d'état civil français. Cela présente un inconvénient majeur pour l'enfant et ses parents. S'ils peuvent certes, en pratique, faire certaines utilisations de l'acte étranger, dès lors qu'il est légalisé ou apostillé, le risque réel est que cet acte soit rejeté ou contesté par les administrations, qui confrontés à un acte étranger, craignent systématiquement une fraude.

Inévitablement, même muni de cet acte étranger, les parents d'intention vont se trouver face à des difficultés concrètes majeures. Ils vont devoir obtenir pour l'enfant un titre de voyage et de séjour, puisque l'enfant n'a pas la nationalité française. Il existe certes des correctifs à cette solution introduits par le Conseil d'État et la Circulaire dite Taubira, mais il n'est pas certain que les solutions proposées demeurent, notamment eu égard à la dernière solution de la Cour de cassation qui n'admet plus que la filiation puisse être établie à l'égard du père biologique. Il est probable que les administrations n'admettent plus désormais que l'acte étranger prouve une filiation dont la validité risque d'être contestée en droit français puisque la Cour de cassation a estimé que la naissance est intervenue dans le cadre d'un processus frauduleux. Cette difficulté sera récurrente devant toutes les administrations, pour les inscriptions à l'école, ou encore la perception des prestations sociales. En outre, dans la mesure où la filiation n'est pas réputée établie entre l'enfant et les parents d'intention, ceux-ci n'ont fondamentalement aucun titre à exercer l'autorité parentale ; cet aspect des choses, déjà préoccupant en lui-même, ne peut manquer de soulever des difficultés collatérales en cas de décès ou de séparation. Pour la même raison, en l'absence de legs ou testament, les enfants n'auront aucune vocation successorale à l'égard de leurs parents d'intention. »

Le rapport s'interroge également sur la compatibilité de la position de la Cour de cassation avec notamment l'article 8 de la Convention et l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant, aux termes duquel, « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Examinant ensuite les différentes solutions envisageables, le rapport formule la proposition suivante :

« Pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, il est proposé d'admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées, et ce parce qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention.

Cette reconnaissance doit s'accompagner d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de la Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via

l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne. »

## V. LES PRINCIPES ADOPTES PAR LE COMITE *AD HOC* D'EXPERTS SUR LES PROGRES DES SCIENCES BIOMEDICALES DU CONSEIL DE L'EUROPE

30. Le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe (CAHBI), prédécesseur du comité directeur de bioéthique précité, a publié en 1989 une série de principes dont le quinzième, relatif aux « mères de substitution », est ainsi libellé :

« 1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.

2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.

3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.

4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition:

- a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et
- b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant. »

## VI. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

31. La Cour a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autres que la France : Andorre, l'Albanie, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldova, Monaco, le Monténégro, les Pays-Bas, le Pologne, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, Saint-Marin, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine.

32. Il en ressort que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États : l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Islande, l'Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Dans dix autres États, dans lesquels il n'y a pas de réglementation relative à la gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine. Il s'agit d'Andorre,

de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de Saint-Marin.

La gestation pour autrui est en revanche autorisée dans sept de ces trente-cinq États (sous réserve de la réunion de conditions strictes) : en Albanie, en Géorgie, en Grèce, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Russie et en Ukraine. Il s'agit en principe de la gestation pour autrui dite altruiste (la mère porteuse peut obtenir le remboursement des frais liés à la grossesse mais ne peut être rémunérée), mais il semble que la gestation pour autrui peut revêtir un caractère commercial en Géorgie, en Russie et en Ukraine. Elle paraît en outre être tolérée dans quatre États où elle ne fait pas l'objet d'une réglementation : en Belgique, en République tchèque et, éventuellement, au Luxembourg et en Pologne.

33. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible pour les parents d'intention d'obtenir la reconnaissance juridique du lien de filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, soit par l'*exequatur*, soit par la transcription directe du jugement étranger ou de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état civil, ou d'établir juridiquement un tel lien par l'adoption. Il s'agit de l'Albanie, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Géorgie, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, des Pays-Bas, de la République tchèque, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Slovénie et de l'Ukraine. Cela semble également possible dans onze autres États où la gestation pour autrui est interdite ou n'est pas prévue par la loi : en Autriche, en Belgique, en Finlande, en Islande, en Italie (s'agissant du moins du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), à Malte, en Pologne, à Saint-Marin, en Suède, en Suisse et, éventuellement, au Luxembourg.

Cela semble en revanche exclu dans les onze États suivants : Andorre, l'Allemagne (sauf peut-être quant au lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), la Bosnie-Herzégovine, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, Monaco, le Monténégro, la Roumanie, la Serbie et la Turquie.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

34. Les requérants se plaignent du fait qu'au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant, ils n'ont pas la possibilité d'obtenir en France la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger entre les deux premiers d'entre eux et la troisième requérante, née à l'étranger d'une

gestation pour autrui. Ils invoquent l'article 8 de la Convention, aux termes duquel :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

35. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

### A. Sur la recevabilité

36. Bien que le Gouvernement ne conteste pas la recevabilité de la requête, la Cour se doit d'apporter certaines précisions sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention.

37. La Cour rappelle qu'en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille (voir *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 117, ainsi que les références qui y sont indiquées). Elle note que le Gouvernement ne déduit pas que cette condition n'est pas remplie en l'espèce du fait que le lien de filiation entre les premiers et la troisième requérante n'est pas reconnu en droit interne. Elle rappelle à cet égard qu'elle a conclu dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (22 avril 1997, §§ 36-37, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II) à l'existence de « liens familiaux *de facto* » caractérisant l'applicabilité de l'article 8, entre un enfant né par insémination artificielle avec donneur, le compagnon transsexuel de sa mère, qui se comportait comme un père depuis la naissance, et cette dernière. Elle a similairement reconnu l'existence d'une vie familiale de fait dans – notamment – l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* (précitée, mêmes références) entre un enfant et sa mère adoptive alors que l'adoption n'était pas reconnue en droit interne. Ce qui importe à cette fin dans ce type de situations, c'est la réalité concrète de la relation entre les intéressés. Or il est certain en l'espèce que les premiers requérants s'occupent comme des parents de la troisième requérante depuis sa naissance, et que tous les trois vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle. Cela suffit pour établir que l'article 8 trouve à s'appliquer dans son volet « vie familiale ».

38. La Cour a par ailleurs jugé que la « vie privée », au sens de cette même disposition, intègre quelquefois des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu (*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 34, CEDH 2002-I; voir aussi l'arrêt *Jäggi c. Suisse* (n° 58757/00, § 37, CEDH 2006-X), dans lequel la Cour a souligné que le

droit à l'identité fait partie intégrale de la notion de vie privée). Il en va ainsi de la filiation dans laquelle s'inscrit chaque individu, ce qu'illustrent les affaires dans lesquelles la Cour a examiné la question de la compatibilité avec le droit au respect de la vie privée de l'impossibilité de faire établir un lien juridique entre un enfant et un parent biologique et a souligné que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain (voir en particulier *Mikulić* précité, § 35). Comme dans les affaires de ce type, il y a une « relation directe » (*Mikulić* précité, § 36) entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation. L'article 8 trouve donc également à s'appliquer en l'espèce dans son volet « vie privée ».

39. Cela étant, la Cour constate que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Relevant par ailleurs qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle la déclare recevable.

## **B. Sur le fond**

### *1. Thèses des parties*

#### **a) Les requérants**

40. Les requérants rappellent que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille. Ils ajoutent, se référant aux arrêts *Maire c. Portugal* (n° 48206/99, CEDH 2003-VII) et *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76240/01, 28 juin 2007), que les obligations que l'article 8 fait peser sur les États contractants en la matière doivent s'interpréter à la lumière de la convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

41. Ils indiquent qu'en raison du rejet de leur demande de transcription de l'acte de notoriété établissant la possession d'état de la troisième d'entre eux sur le registre de l'état civil français, cette dernière n'est pas un enfant légitime et se trouve dépourvue de filiation vis-à-vis de la deuxième d'entre eux, ceci pour des considérations tenant à la nullité de la convention de gestation pour autrui pourtant valable dans l'État où elle a été conclue. Ils considèrent que cette ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée et familiale n'est pas justifiée. Selon eux, quelle que soit la marge d'appréciation reconnue aux États, les juges nationaux ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8, ni refuser de reconnaître des liens familiaux qui préexistaient *de facto* et se dispenser d'un examen concret de la situation. Ils estiment de plus que la nullité de la convention de gestation pour autrui retenue par les juges

français ne constituait pas un « but légitime » susceptible de justifier qu'un enfant soit privé de sa filiation légitime avec ceux qui se comportent et sont regardés comme ses deux parents, et ne pouvait justifier la non reconnaissance de liens familiaux qui préexistaient non seulement *de facto* mais aussi – vu l'acte de naissance établi au Minnesota – *de jure*. Selon eux, le rejet de leur demande méconnaît l'intérêt supérieur de l'enfant à avoir une filiation conforme à la vérité juridique résultant tant de son acte de naissance que de sa vie privée et familiale réelle ainsi que le droit de l'enfant et de ses père et mère à avoir une vie familiale normale.

42. Dans leurs réponses aux questions complémentaires du président de la section (paragraphe 5 ci-dessus), les requérants indiquent qu'il résulte de l'article 311-14 du code civil que la loi applicable en matière de filiation est la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant soit, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, la loi de celle qui a accouché. Ils en déduisent que lorsque la mère porteuse est connue, elle doit être considérée comme étant la mère de l'enfant au sens de l'article 311-14, de sorte que l'établissement de la filiation est régi par la loi personnelle de cette dernière. Il s'agirait donc en l'espèce de la loi du Minnesota, en vertu de laquelle les premiers d'entre eux sont les parents de la troisième. Cependant, soulignent-ils, à cause de la jurisprudence de la Cour de cassation, aucun acte d'état civil français constatant cette filiation ne peut être établi. Or l'impossibilité de posséder des actes d'état civil français ou un livret de famille français sur lequel les enfants sont inscrits compliquerait significativement la vie des familles telles que la leur, la production de ces documents étant presque toujours exigée lors de l'accomplissement de démarches judiciaires ou administratives, dont la délivrance ou le renouvellement d'une carte nationale d'identité, la constitution d'un dossier d'allocations familiale, l'inscription des enfants sous le numéro de sécurité sociale de leurs parents et leur inscription à l'école. Les requérants précisent que, si les actes d'état civil étrangers sont théoriquement acceptés puisqu'ils font foi au titre de l'article 47 du code civil, ils doivent toutefois être traduits par un traducteur assermenté, ce qui a un coût, légalisés et – en principe – apostillés. En outre, du fait notamment de la multiplication des cas de falsifications, ils seraient de plus en plus souvent rejetés ou contestés par les administrations devant lesquelles ils sont produits. Par ailleurs, faute d'être nés en France et de pouvoir établir leur filiation en France à l'égard de parents français, les enfants concernés ne pourraient en principe être considéré comme français de naissance, étant observé que, dépourvue de force obligatoire et vraisemblablement contraire à la position de la Cour de cassation, la circulaire du 25 janvier 2013 ne changerait rien à ce constat. Plus largement, ils seraient privés en France des droits attachés à leurs filiations paternelle et maternelle, en matière successorale notamment, et leur situation au regard de l'autorité parentale serait problématique en cas de

séparation des parents ou de décès de l'un d'eux. Enfin, leur vie durant, ils se trouveraient privés du droit fondamental d'établir leur filiation.

**b) Le Gouvernement**

43. Le Gouvernement déclare ne pas contester que le refus de porter mention de l'acte de notoriété à l'état civil français est constitutif d'une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 8 de la Convention.

44. Il soutient que l'ingérence était « prévue par la loi », observant que les requérants ne le démentent pas.

45. Le Gouvernement expose ensuite que le refus de reconnaître la possession d'état était motivée par le fait que cela aurait donné effet à une convention de gestation pour autrui, formellement prohibée par une disposition interne d'ordre public et pénalement sanctionnée lorsqu'elle est pratiquée en France. Il en déduit que l'ingérence avait pour « buts légitimes » la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui.

46. Au chapitre de la proportionnalité, le Gouvernement expose que le refus de faire produire effet à une possession d'état pour l'établissement de l'affiliation sur les registres français de l'état civil n'empêche pas que l'acte d'état civil américain délivré à la naissance de la troisième requérante aux États-Unis produise tous ses effets en France. Ainsi, premièrement, des certificats de nationalité française sont délivrés sur le fondement de tels actes dès lors qu'il est établi que l'un des parents est français (à ce titre, le Gouvernement produit une copie de la circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013) ; deuxièmement, les premier et deuxième requérants exercent pleinement l'autorité parentale sur la troisième requérante, sur le fondement des actes de l'état civil américain de cette dernière, ils ne font état d'aucune difficulté pour l'exercice quotidien de cette autorité, et le décès de l'un d'eux serait sans effet sur le bénéfice de l'autorité parentale dont l'autre parent jouit ; troisièmement, si un divorce devait survenir, le juge aux affaires familiales fixerait le lieu de résidence et les droits de visite des parents tels que ceux-ci sont désignés par l'acte d'état civil étranger ; quatrièmement, la preuve de la qualité d'héritier pouvant être apportée par tout moyen, la troisième requérante serait en mesure d'hériter des premiers requérants sur le fondement de son acte d'état civil américain dans les conditions du droit commun. Le Gouvernement s'interroge en conséquence sur la portée réelle de l'ingérence dans la vie familiale des requérants, cette ingérence étant réduite à l'impossibilité pour eux de se voir délivrer des actes d'état civil français.

47. Le Gouvernement insiste sur le fait que, soucieux de proscrire toute possibilité de marchandisation du corps humain, de garantir le respect du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, le législateur, exprimant la volonté générale du peuple français, a décidé de ne pas autoriser la gestation pour

autrui ; le juge interne en a dûment tiré les conséquences en refusant de lui donner effet en transcrivant la possession d'état dans l'état civil s'agissant d'individus nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit sciemment et impunément contournée et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction.

Le Gouvernement ajoute que, la gestation pour autrui étant un sujet d'ordre moral et éthique et en l'absence de consensus sur cette question parmi les États parties, il faut reconnaître à ces derniers une large marge d'appréciation dans ce domaine ainsi que dans la manière dont ils appréhendent les effets de la filiation établie dans ce contexte à l'étranger. Selon lui, vu cette large marge d'appréciation et le fait que la vie familiale des requérants se déroule de manière normale sur le fondement de l'état civil américain des enfants et que l'intérêt supérieur de ces derniers est préservé, l'ingérence dans l'exercice des droits que l'article 8 de la Convention leur garantit est proportionnée aux buts poursuivis, si bien qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition.

48. Dans ses réponses aux questions complémentaires du président de la section (paragraphe 5 ci-dessus), le Gouvernement indique que la loi applicable à l'établissement de la filiation de la troisième requérante est, selon l'article 311-14 du code civil, la loi personnelle de sa mère, soit, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>ère</sup> 11 juin 1996, Bull. civ. n° 244), de celle qui l'a mise au monde ; il s'agit donc de la loi de la mère porteuse, c'est-à-dire en l'espèce, de la loi américaine ; or au regard de cette loi, les premiers requérants sont les parents de la troisième requérante, la deuxième requérante étant sa « mère légale ». Le Gouvernement ajoute que, dès lors qu'ils répondent aux prescriptions de l'article 47 du code civil et indépendamment de leur transcription, les actes de naissances étrangers produisent leurs effets sur le territoire français, notamment quant à la preuve de la filiation dont ils font état. Il précise que l'article 47 est applicable en l'espèce alors même qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que les conventions de gestation pour autrui sont nulles et d'une nullité d'ordre public et ne peuvent produire d'effet en droit français au regard de la filiation. En conséquence, l'article 18 du code civil – aux termes duquel est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français – s'applique dès lors que la preuve de l'existence du lien de filiation légalement établi est rapportée par la remise d'un acte de l'état civil étranger dont la force probante ne peut être contestée. Enfin, le Gouvernement indique que le premier requérant ne pourrait pas reconnaître en France la troisième requérante, la Cour de cassation ayant jugé le 13 septembre 2013 que la reconnaissance de paternité formée par un père d'intention à l'égard d'un enfant né d'un contrat de gestation pour autrui devait être annulé en raison de la fraude à la loi commise par son auteur en recourant à ce procédé.

## 2. *L'appréciation de la Cour*

### a) **Sur l'existence d'une ingérence**

49. Il ressort des écrits des parties qu'elles s'accordent à considérer que le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial unissant les requérants s'analyse en une « ingérence » dans leur droit au respect de leur vie familiale, et pose donc une question sous l'angle des obligations négatives de l'État défendeur au regard de l'article 8 plutôt que de ses obligations positives.

50. La Cour marque son accord. Elle rappelle que telle était son approche notamment dans les affaires *Wagner et J.M.W.L.* (précitée, § 123) et *Negrepointis-Giannisis c. Grèce* (n° 56759/08, § 58, 3 mai 2011), qui concernaient le refus des juridictions luxembourgeoises et grecques de reconnaître juridiquement une adoption établie par des jugements étrangers. Elle précise que, comme dans ces affaires, il y a en l'espèce ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 non seulement dans son volet « vie familiale » mais aussi dans son volet « vie privée ».

51. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi (voir, par exemple, précités, *Wagner et J.M.W.L.*, § 124, et *Negrepointis-Giannisis*, § 61).

### b) **Sur la justification de l'ingérence**

#### *i. « Prévues par la loi »*

52. La Cour prend acte du fait que les requérants ne contestent pas que l'ingérence litigieuse est prévue par la loi.

#### *ii. Buts légitimes*

53. La Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il s'agissait en l'espèce d'assurer « la défense de l'ordre » et « la prévention des infractions pénales ». Elle constate en effet qu'il n'établit pas que le fait pour des Français d'avoir recours à la gestation pour autrui dans un pays où elle est légale serait constitutif d'une infraction en droit français. Elle a du reste relevé à cet égard dans l'affaire *Menesson* précitée (voir l'arrêt, § 61), dans laquelle une information avait été ouverte à l'encontre de parents d'intention qui avaient eu recours à une gestation pour autrui aux États-Unis pour « entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui » et « simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants », que le juge d'instruction avait conclu au non-lieu, au motif que, commis sur le territoire américain où ils n'étaient pas pénalement

répréhensibles, les faits visés ne constituaient pas des délits punissables sur le territoire français.

54. La Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (paragraphe 28 ci-dessus) – la mère porteuse. Elle admet en conséquence que le Gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui ».

iii. « Nécessaire », « dans une société démocratique »

α. Considérations générales

55. La Cour note que le Gouvernement soutient que, dans le domaine en litige, les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation importante pour décider ce qui est « nécessaire », « dans une société démocratique ».

56. La Cour rappelle que l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, par exemple, *Wagner et J.M.W.L.* et *Negrepontis-Giannis*, précités, § 128 et § 69 respectivement). Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. De l'autre côté, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte (voir en particulier, *S.H.* précité, § 94).

57. La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. Il ressort en effet de la recherche de droit comparé à laquelle elle a procédé que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze des trente-cinq États membres du Conseil de l'Europe – autres que la France – étudiés ; dans dix, soit elle est interdite en vertu de dispositions générales ou non tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine ; elle est en revanche expressément autorisée dans sept et

semble tolérée dans quatre. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible d'obtenir la reconnaissance ou l'établissement juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants issus d'une gestation pour autrui légalement pratiquée à l'étranger. Cela semble également possible dans onze autres de ces États (dont un dans lequel cette possibilité ne vaut peut-être que pour le lien de filiation paternel lorsque le père d'intention est le père biologique), mais exclu dans les onze restants (sauf peut-être la possibilité dans l'un d'eux d'obtenir la reconnaissance du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique) (paragraphe 31-33 ci-dessus).

58. Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention.

59. Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce.

60. Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution (voir, *mutatis mutandis*, *S.H. et autres*, précité, § 97). Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, parmi de nombreux autres, *Wagner et J.M.W.L.*, précité, §§ 133-134, et *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, §§ 76 et 95, 22 janvier 2008).

61. En l'espèce, la Cour de cassation a constaté qu'en droit positif français, il était contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, « principe essentiel du droit français », de faire produire effet à une convention de gestation pour le compte d'autrui, et qu'une telle convention était nulle d'une nullité d'ordre public. Elle a ensuite jugé que ce principe faisait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français (paragraphe 17 ci-dessus).

62. L'impossibilité pour les requérants de voir reconnaître en droit français le lien de filiation entre les premiers et la troisième d'entre eux est donc, selon la Cour de cassation, un effet du choix d'éthique du législateur

français d'interdire la gestation pour autrui. Le Gouvernement souligne à cet égard que le juge interne a dûment tiré les conséquences de ce choix en retenant que la possession d'état ne pouvait être invoquée pour établir en France la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. Selon lui, le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit contourné et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction.

63. La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur de l'enfant – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale.

64. Elle note à cet égard, que la Cour de cassation a jugé que le fait que la possession d'état de la troisième requérante à l'égard des premiers requérants ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation ne portait atteinte ni à son droit au respect de sa vie privée et familiale ni à son intérêt supérieur en tant qu'enfant, dès lors que cela ne la privait pas de la filiation maternelle et paternelle que le droit du Minnesota lui reconnaît et ne l'empêchait pas de vivre en France avec les premiers requérants (paragraphe 17 ci-dessus).

65. La Cour estime qu'il faut en l'espèce distinguer le droit des requérants au respect de leur vie familiale, d'une part, et le droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée, d'autre part.

β. Sur le droit des requérants au respect de leur vie familiale

66. S'agissant du premier point, la Cour considère que le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et la troisième d'entre eux affecte nécessairement leur vie familiale. Elle note à ce titre que, dans son rapport de 2009 sur la révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État a souligné que, « dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie » (paragraphe 28 ci-dessus).

67. Ainsi, ne disposant pas d'actes d'état civil français ou de livrets de famille français, les requérants se voient contraints de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation, et se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l'incompréhension, des personnes auxquelles ils s'adressent. Ils évoquent à cet égard des difficultés dans le

contexte de la constitution d'un dossier d'allocations familiale, de l'inscription des enfants sous le numéro de sécurité sociale de leurs parents et de leur inscription à l'école.

68. Par ailleurs, le fait qu'en droit français, la troisième requérante n'a de lien de filiation ni avec le premier requérant ni avec la deuxième requérante, a pour conséquence, du moins à ce jour, qu'elle ne s'est pas vue reconnaître la nationalité française. Cette circonstance est de nature à compliquer les déplacements de la famille et à susciter des inquiétudes – fussent-elles infondées, comme l'affirme le Gouvernement – quant au droit de séjour de la troisième requérante en France après sa majorité et donc quant à la stabilité de la cellule familiale. Le Gouvernement soutient qu'eu égard notamment à la circulaire de la garde de Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013 (paragraphe 27 ci-dessus), la troisième requérante peut obtenir un certificat de nationalité française sur le fondement de l'article 18 du code civil, qui dispose qu'« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français », en produisant son acte de naissance américain.

69. La Cour note cependant que des interrogations subsistent quant à cette possibilité.

En premier lieu, elle observe qu'aux termes mêmes du texte ainsi invoqué, la nationalité française est attribuée à raison de celle de l'un ou l'autre parent. Or elle constate que la détermination juridique des parents est précisément au cœur de la requête qui lui est soumise. Ainsi, à la lecture des observations des requérants et des réponses du Gouvernement, il apparaît que les règles de droit international privé rendent en l'espèce particulièrement complexe, voire aléatoire, le recours à l'article 18 du code civil pour établir la nationalité française de la troisième requérante.

En second lieu, la Cour note que le Gouvernement tire argument de l'article 47 du code civil. Ce texte précise que les actes d'état civil établis à l'étranger et rédigés dans les formes utilisées dans les pays concernés font foi « sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Se pose donc la question de savoir si un tel cas d'exclusion est constitué lorsque, comme en l'espèce, il a été constaté que les enfants concernés sont issus d'une gestation pour autrui obtenue à l'étranger, ce que la Cour de cassation analyse en une fraude à la loi. Or, bien qu'invité par le Président à répondre à cette question et à préciser s'il existait un risque qu'un certificat de nationalité ainsi établi soit ensuite contesté et annulé ou retiré, le Gouvernement n'a fourni aucune indication. Du reste, la Cour a constaté dans l'arrêt *Menesson* précité que la demande déposée à cette fin dans cette affaire le 16 avril 2013 au greffe du tribunal d'instance de Paris était toujours sans effet onze mois plus tard : le greffier en chef a indiqué le 31 octobre 2013 puis le 13 mars 2014 qu'elle était « en cours », « en attente

du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles » (voir l'arrêt *Menesson*, § 90).

70. À cela s'ajoutent des inquiétudes fort compréhensibles quant au maintien de la vie familiale entre la deuxième requérante et la troisième requérante en cas de décès du premier requérant ou de séparation du couple.

71. Cependant, quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et la troisième d'entre eux (voir, *mutatis mutandis*, *X, Y et Z* précité, § 48). Or elle note que les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, elle constate qu'ils ont pu s'établir tous les trois en France peu de temps après la naissance de la troisième requérante, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français (voir, *mutatis mutandis*, *Chavdarov c. Bulgarie*, n° 3465/03, § 49-50 et 56, 21 décembre 2010).

72. La Cour observe en outre que pour rejeter les moyens que les requérants développaient sur le terrain de la Convention, la Cour de cassation a souligné que le fait que la possession d'état de la troisième requérante à l'égard des premiers requérants ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation ne l'empêchait pas de vivre avec les premiers requérants en France (paragraphe 17 ci-dessus). La Cour en déduit qu'en l'espèce, conformément à ce qu'elle avait jugé important dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* (arrêt précité, § 135), les juges français ne se sont pas dispensés d'un examen concret de la situation, puisque, par cette formule, ils ont estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention

73. Ainsi, au vu, d'une part, des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers requérants et la troisième d'entre eux sur leur vie familiale, et, d'autre part, de la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur, la Cour estime que la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale.

74. Il reste à déterminer s'il en va de même s'agissant du droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée.

γ. Sur le droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée

75. Comme la Cour l'a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation (paragraphe 38 ci-dessus) ; un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation (paragraphe 59 ci-dessus). Or, en l'état du droit positif, la troisième requérante se trouve à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit du Minnesota, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte puis de faire produire effet à la possession d'état, manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elle a été identifiée ailleurs comme étant l'enfant des premiers requérants, lui nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à l'identité de la troisième requérante au sein de la société française.

76. Par ailleurs, même si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes (*Genovese c. Malte*, n° 53124/09, § 33, 11 octobre 2011). Or, comme la Cour l'a relevé précédemment, bien que son père biologique soit français, la troisième requérante est confrontée à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du code civil (paragraphe 18 ci-dessus). Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de sa propre identité.

77. La Cour constate en outre que le fait pour la troisième requérante de ne pas être identifiée en droit français comme étant l'enfant des premiers requérants a des conséquences sur ses droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu'il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d'État a souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers (paragraphe 28 ci-dessus), c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés.

78. Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 54 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce

qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

79. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jaggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre la troisième requérante et son père biologique n'a pas été admis à l'occasion des demandes de transcription de l'acte de naissance et de l'acte de notoriété, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 25 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard de son père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

80. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée a été méconnu.

#### **c) Conclusion générale**

81. Il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale. Il y a en revanche eu violation de cette disposition s'agissant du droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée.

## II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

82. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

### A. Dommage

83. Les requérants réclament chacun 30 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral qu'ils auraient subi.

84. Le Gouvernement estime qu'un constat de violation constituerait une réparation suffisante du préjudice moral.

85. La Cour rappelle qu'elle a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention dans le chef de la troisième requérante uniquement. Cela étant, elle considère qu'il y a lieu d'octroyer à cette dernière 5 000 EUR au titre du préjudice moral.

### B. Frais et dépens

86. Les requérants demandent 10 658 EUR au titre de leurs frais et dépens : 1 196 EUR correspondent à ceux qu'ils ont engagés devant la Cour (ils produisent une facture d'honoraires datée du 26 mai 2011 mentionnant ce montant) ; 5 000 EUR correspondent aux honoraires qu'ils ont payés à l'avocat américain qui les représentait devant le tribunal de l'État du Minnesota puis devant l'administration américaine pour l'obtention de l'acte de naissance et du passeport américains de la troisième d'entre eux (ils produisent deux factures, datées des 23 novembre et 23 décembre 2001, portant sur un montant total de 6 040,38 USD).

Le reste, correspond à leurs frais et dépens devant les juridictions françaises. Ils produisent à cet égard des demandes de provisions émanant de l'avocat qui les représentait en première instance et en appel qui, datées des 6 décembre 2003, 10 avril, 23 juillet et 26 octobre 2004, et 26 septembre et 18 décembre 2005, font respectivement mention des montants suivants : 150 EUR, 100 EUR, 150 EUR, 600 EUR, 300 EUR et 300 EUR. S'y ajoutent cinq demandes de provisions pour un montant total de 1 200 EUR qui ne sont pas datées mais qui se réfèrent à la procédure au fond ou, pour l'une, en cassation. S'y ajoute également un état de frais d'appel adressé le 18 septembre 2009 par un avoué à leur avocat, indiquant la somme de 911,83 EUR, une facture d'honoraire de 2 392 EUR datée du 30 octobre 2009 relatifs au frais et honoraires du pourvoi et la copie d'un chèque de 750 EUR libellé le 25 janvier 2010 à l'ordre de leur avocat aux Conseils.

87. Le Gouvernement estime que, dénuée de lien avec le redressement de la violation alléguée de la Convention, la demande des requérants relative aux frais et dépens qu'ils ont engagés aux États-Unis doit être rejetée. S'agissant des frais d'avoué, il observe que les requérants se bornent à produire une facture adressée à leur avocat ; il en déduit qu'ils ne démontrent pas les avoir payés. Il note aussi que la facture d'honoraire du 30 octobre 2009 est dépourvue de tout élément permettant d'identifier son émetteur, et considère que les demandes au titre du recours introduit devant le tribunal de grande instance et du pourvoi en cassation ne sont justifiées par aucune pièce. Selon lui, seuls les frais correspondant à la procédure devant la Cour – soit 1 196 EUR – sont dûment établis.

88. La Cour rappelle que lorsqu'elle constate une violation de la Convention, elle peut accorder au requérant le remboursement des frais et dépens qu'il a engagés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation en sus de ceux relatifs à la procédure devant elle (*Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, § 159, CEDH 2010). Il faut cependant que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (*ibidem*).

Il convient en l'espèce de rejeter les prétentions des requérants pour autant qu'elles concernent la procédure qu'ils ont conduite aux États-Unis qui, manifestement, ne visait pas à prévenir ou redresser la violation de la Convention dont la Cour a fait le constat. Pour le reste, la Cour observe que, si les documents produits par les requérants ne permettent pas de comprendre complètement comment ils parviennent au montant total qu'ils réclament, ils établissent la réalité des honoraires dont les requérants font état relativement à la procédure devant la Cour et d'une partie au moins de ceux encourus devant les juridictions du fond. Au vu de ces documents et prenant en compte les deux autres critères rappelés ci-dessus, la Cour alloue 4 000 EUR aux requérants pour frais et dépens.

### **C. Intérêts moratoires**

89. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

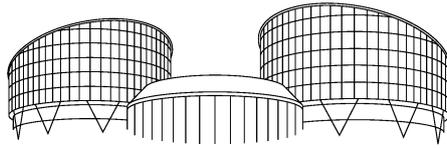
**PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,**

1. *Déclare* la requête recevable ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée ;
4. *Dit*
  - a) que l'État défendeur doit verser dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
    - i) à la troisième requérante, 5 000 EUR (cinq mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;
    - ii) aux requérants, 4 000 EUR (quatre mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour frais et dépens ;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
5. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 26 juin 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek  
Greffière

Mark Villiger  
Président



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CINQUIÈME SECTION

**AFFAIRE MENNESSON c. FRANCE**

*(Requête n° 65192/11)*

ARRÊT

STRASBOURG

26 juin 2014

**DÉFINITIF**

**26/09/2014**

*Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.*



**En l'affaire Mennesson c. France,**

La Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), siégeant en une chambre composée de :

Mark Villiger, *président*,  
Angelika Nußberger,  
Boštjan M. Zupančič,  
Ganna Yudkivska,  
Vincent A. De Gaetano,  
André Potocki,  
Aleš Pejchal, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 10 juin 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 65192/11) dirigée contre la République française et dont deux ressortissants français, M. Dominique Mennesson (« le premier requérant ») et M<sup>me</sup> Sylvie Mennesson (« la deuxième requérante ») (« les premiers requérants »), et deux ressortissantes américaines, M<sup>lles</sup> Valentina et Fiorella Mennesson (« les troisième et quatrième requérantes »), ont saisi la Cour le 6 octobre 2011 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants sont représentés devant la Cour par M<sup>e</sup> Patrice Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> Edwige Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le 12 février 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement et le président de la section a décidé qu'il serait procédé simultanément à son instruction et à celle de la requête *Labassee c. France* (n° 65941/11).

4. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur la recevabilité et le fond de l'affaire.

5. Le 10 octobre 2013, le président de la section a décidé, en vertu de l'article 54 § 2 a) du règlement, de poser des questions complémentaires aux requérants et au Gouvernement, qui y ont répondu les 19 et 21 novembre 2013 respectivement.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Les premiers requérants sont nés en 1965 et 1955 respectivement. Les troisième et quatrième requérantes sont nées en 2000. Ils résident à Maisons-Alfort.

#### A. La naissance des troisième et quatrième requérantes

7. Mari et femme, les premiers requérants n'ont pu mener à bien leur projet de parentalité en raison de l'infertilité de la deuxième requérante.

8. Après avoir vainement fait des tentatives de fécondation *in vitro* avec leurs propres gamètes, les premiers requérants décidèrent d'avoir recours à la fécondation *in vitro* avec les gamètes du premier requérant et un ovule issu d'un don, en vue de l'implantation des embryons fécondés dans l'utérus d'une autre femme. Pour ce faire, ils se rendirent en Californie, où ces modalités sont prévues par la loi, et conclurent une convention de gestation pour autrui.

Les requérants précisent que, conformément au droit californien, la « mère-porteuse » n'était pas rémunérée mais seulement défrayée. Ils ajoutent que, mariée à un cadre et cadre elle-même, elle disposait de ressources bien supérieures aux leurs, et qu'elle agissait par solidarité.

9. Une grossesse gémellaire fut constatée le 1<sup>er</sup> mars 2000 et, par un jugement du 14 juillet 2000, la Cour suprême de Californie, saisie conjointement par les premiers requérants, la mère porteuse et l'époux de celle-ci, décréta que tout enfant qui serait mis au monde par celle-ci dans les quatre mois aurait le premier requérant pour « père génétique » et la deuxième requérante pour « mère légale ». Le jugement précise les mentions devant figurer sur l'acte de naissance, indiquant notamment que les premiers requérants devaient être enregistrés comme père et mère.

10. Des jumelles – les troisième et quatrième requérantes – naquirent le 25 octobre 2000, et les actes de naissance furent établis comme indiqué ci-dessus.

#### B. Le refus du consulat français de transcrire les actes de naissance

11. Au début du mois de novembre 2000, le premier requérant se rendit au consulat français de Los Angeles en vue de la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français et de l'inscription des enfants sur son passeport afin de pouvoir rentrer en France avec elles.

12. Les requérants indiquent que cette procédure avait été suivie avec succès par bon nombre de couples français dans leur situation. Les services

consulaires opposèrent cependant un refus au premier requérant, faute pour lui de pouvoir établir l'accouchement de la deuxième requérante. Suspectant un cas de gestation pour autrui, ils transmirent le dossier au Parquet de Nantes.

### **C. L'instruction conduite contre les premiers requérants**

13. L'administration fédérale américaine ayant délivré aux jumelles des passeports américains sur lesquels les premiers requérants sont désignés comme étant leurs parents, ils purent rentrer tous les quatre en France en novembre 2000.

14. En décembre 2000, une enquête préliminaire fut diligentée à l'initiative du parquet.

15. En mai 2001, une information fut ouverte, contre X, du chef d'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui et, contre les premiers requérants, du chef de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants.

16. Le 30 septembre 2004, conformément au réquisitoire du procureur de la République de Créteil, le juge d'instruction rendit une ordonnance de non-lieu : il considéra que, commis sur le territoire américain où ils n'étaient pas pénalement répréhensibles, les faits visés ne constituaient pas des délits punissables sur le territoire national.

### **D. La procédure devant les juridictions civiles**

17. Entre-temps, le 25 novembre 2002, sur les instructions du Parquet, les actes de naissance des troisième et quatrième requérantes avaient été retranscrits sur les registres du service central d'état civil à Nantes par le consulat de France à Los Angeles.

18. Cependant, le 16 mai 2003, le procureur de la République de Créteil assigna les premiers requérants devant le tribunal de grande instance de Créteil aux fins de voir annuler cette transcription et ordonner la transcription du jugement en marge des actes annulés. Il soulignait que la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance est nulle car elle contrevient aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes. Il en déduisait que, contraire à la conception française de l'ordre public international et à l'ordre public français, le jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 ne pouvait être exécuté en France, et l'autorité des actes d'état civil établis sur son fondement ne pouvait être reconnue en France.

*1. Le jugement du tribunal de grande instance de Créteil du 13 décembre 2005, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007 et l'arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008*

19. Par un jugement du 13 décembre 2005, le tribunal de grande instance de Créteil déclara l'action irrecevable. Il constata que le procureur de la République était « seul à l'origine de la transcription effectuée, qu'il n'[avait] opérée que dans le but désormais avoué d'introduire la présente action en annulation ». Il en déduisit que le procureur ne pouvait « être considéré comme recevable à invoquer un ordre public qu'il [avait] lui-même troublé, alors que les dispositions de l'article 47 du code civil dont il se [prévalait] lui permettaient de procéder à tout contrôle de régularité des actes et de refuser toute demande de transcription tendant à leur conférer opposabilité en France ».

20. Saisie par le ministère public, la cour d'appel de Paris confirma ce jugement, par un arrêt du 13 décembre 2005. Elle jugea pareillement que le ministère public était irrecevable, au regard de l'ordre public international, à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes. Elle procéda toutefois à une substitution de motifs. Elle retint en effet à cet égard que les énonciations de ces actes étaient exactes au regard du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000, et que le ministère public ne contestait ni l'opposabilité à la France de ce jugement ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés en Californie dans les formes usités dans cet État.

21. Le 17 décembre 2008, la Cour de cassation (première chambre civile) cassa et annula cet arrêt au motif que le ministère public disposait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions dès lors qu'il ressortait des constatations de la cour d'appel que les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui. Elle renvoya la cause et les parties devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

*2. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 mars 2010*

22. Par un arrêt du 18 mars 2010, la cour d'appel de Paris, infirmant le jugement déféré, annula la transcription des actes de naissance et ordonna la transcription de l'arrêt en marge des actes de naissance annulés.

23. Sur la recevabilité de l'action du ministère public, la cour d'appel considéra notamment qu'il ne pouvait être sérieusement prétendu que le ministère public avait troublé l'ordre public ou porté atteinte à la paix des familles en sollicitant l'annulation d'une transcription qu'il avait lui-même ordonnée, l'objectif étant de faire échec aux conséquences d'un état civil étranger qu'il estimait contraire à l'ordre public français ou de se prémunir contre une action en transcription.

24. Sur le fond, la cour d'appel statua comme il suit :

« (...) Considérant que les actes de naissance ont été établis sur le fondement de l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'État de Californie qui a déclaré [le premier requérant] père génétique et [la deuxième requérante] mère légale de tout enfant devant naître de [la mère-porteuse] entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000 ; que les actes d'état civil sont donc indissociables de la décision qui en constitue le soutien et dont l'efficacité demeure subordonnée à sa propre régularité internationale ;

Considérant que la reconnaissance, sur le territoire national, d'une décision rendue par une juridiction d'un État qui n'est lié à la France par aucune convention est soumise à trois conditions, à savoir la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi ;

Considérant qu'en l'espèce, il est constant que c'est à la suite d'une convention de gestation pour autrui que [la mère-porteuse] a donné naissance à deux enfants qui sont issus des gamètes [du premier requérant] et d'une tierce personne et qui ont été remises aux [premiers requérants] ;

Considérant que, selon l'article 16-7 du code civil, dont les dispositions qui sont issues de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 et qui n'ont pas été modifiées par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, sont d'ordre public en vertu de l'article 16-9 du même code, toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ; que, dès lors, l'arrêt de la Cour supérieure de l'État de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une convention de gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international ; qu'en conséquence, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si une fraude à la loi a été réalisée, il y a lieu d'annuler la transcription, sur les registres du service central d'état civil français, des actes de naissance américains qui désignent [la deuxième requérante] comme mère des enfants et d'ordonner la transcription du présent arrêt en marge des actes de naissance annulés ;

Considérant que les [requérants], qui ne peuvent sérieusement prétendre ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable, ne sont pas davantage fondés à soutenir qu'une telle mesure contrevient à des dispositions inscrites dans des conventions internationales et des textes de droit interne ; qu'en effet, les notions qu'ils invoquent, en particulier celle de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne sauraient permettre, en dépit des difficultés concrètes engendrées par une telle situation, de valider a posteriori un processus dont l'illicéité, consacrée par le législateur français à la suite du juge, ressortit, pour l'heure, au droit positif ; qu'en outre, l'absence de transcription n'a pas pour effet de priver les deux enfants de leur état civil américain et de remettre en cause le lien de filiation qui leur est reconnu à l'égard des [premiers requérants] par le droit californien (...) ».

### *3. L'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 2011*

25. Les requérants se pourvurent en cassation, faisant valoir, d'une part, une méconnaissance de l'intérêt supérieur des enfants – au sens de l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant – et de leur droit à se voir reconnaître une filiation stable, et, d'autre part, une violation de l'article 8 de la Convention pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention. Ils soutenaient par ailleurs que la décision étrangère reconnaissant la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant

régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, lequel ne se confond pas avec l'ordre public interne.

26. Lors de l'audience, qui eut lieu le 8 mars 2011, l'avocat général préconisa la cassation. Il exprima l'avis que l'ordre public international ne pouvait être opposé pour refuser à un droit régulièrement acquis à l'étranger ou une décision étrangère régulièrement prononcée par une juridiction étrangère de produire en France les effets juridiques qui en dérivent lorsqu'un tel refus a pour conséquence de porter atteinte à un principe, une liberté ou un droit garanti par une convention internationale ratifiée par la France.

En particulier, il releva que, dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76240/01, 28 juin 2007), la Cour avait, sur le terrain de l'article 8 de la Convention, tenu compte d'une « vie familiale effective » et de « liens familiaux existant *de facto* » entre une luxembourgeoise célibataire et l'enfant qu'elle avait adoptée au Pérou, sans attacher aucune importance au fait que la première était allée chercher à l'étranger un système juridique qui lui permettait d'obtenir ce que la loi de son pays d'origine lui refusait. Selon lui, transposé à la situation de l'espèce, cet élément permettait de penser que même obtenu au terme d'un contournement de la loi prohibitive nationale, un rapport juridique créé régulièrement à l'étranger ne peut se voir refuser de produire l'efficacité de droit qu'il engendre dès lors qu'il doit s'appliquer à une communauté familiale effective et permettre à celle-ci de s'organiser et de se développer dans des conditions normales au regard de l'article 8 de la Convention. Il constata en outre que les troisième et quatrième requérantes vivaient depuis dix ans en France et y « [étaient] élevées par des parents génétiques et d'intention dans le cadre d'une cellule familiale de fait où [elles recevaient] l'affection, les soins, l'éducation et le bien-être matériel nécessaires à leur développement », et que « cette communauté de vie effective et affective – tout à fait régulière au regard du droit étranger qui l'a[vait] vue naître – [était] frappée de clandestinité juridique », « les enfants n'[ayant] aucun état civil reconnu en France et aucun lien de filiation considéré comme valable au regard du droit français ». Posant la question de savoir si un tel état de choses portait atteinte à leur « droit à une vie familiale normale », l'avocat général souligna en réponse ce qui suit :

« (...) A ce stade, deux réponses sont envisageables : ou bien, hypothèse assez théorique et largement paradoxale, le refus de transcription ne tire pas à conséquence et n'apporte aucune gêne d'importance à la vie quotidienne de la famille, ce qui signifie que la transcription n'est qu'une simple formalité, et l'on ne voit pas alors quelle raison majeure s'oppose dans ces conditions à l'accueil d'actes d'effet juridique si ténu qu'on n'imagine pas qu'ils puissent en soi ébranler les assises de nos principes fondamentaux et troubler gravement l'ordre public (puisque les actes ne renferment intrinsèquement aucun indice révélateur sur la gestation).

Ou bien un tel refus perturbe durablement et significativement la vie de la famille qui est en France juridiquement coupée en deux – les époux français d'un côté, les enfants étrangers de l'autre – et se pose alors la question de savoir si notre ordre public international, même de proximité, peut tenir en échec le droit à une vie familiale au sens de l'article 8 [de la Convention] ou si, bien au contraire, un tel ordre public, dont les effets doivent s'apprécier de manière concrète tout comme ceux des droits ou décisions étrangères qu'il a pour objet d'écarter, ne doit pas s'effacer pour permettre à la norme conventionnelle d'être respectée.

Si l'on privilégie le deuxième terme de cette alternative au motif que les conventions internationales doivent primer sur un ordre public dont le support effectif est une norme de valeur législative, il n'en résulte pas nécessairement un effondrement automatique des barrières qu'élève ledit ordre public interne dans de telles occurrences. Tant que la Cour européenne ne s'est pas clairement prononcée sur la question de la licéité de la gestation pour autrui et laisse aux États le soin de légiférer à leur guise en ce domaine, on peut considérer que l'ordre public s'oppose à la validation, au nom du droit au respect de la vie familiale, de situations créées en contradiction avec la loi, à l'intérieur des pays qui les interdisent.

Mais lorsqu'il s'agit seulement de faire produire à de telles situations régulièrement acquises à l'étranger – fût-ce au prix de l'intention de s'affranchir des rigueurs d'une loi impérative – des effets juridiques sur le territoire de ceux-ci, rien ne s'oppose absolument à ce que l'ordre public international, même de proximité, s'efface pour permettre à des familles de mener une vie conforme aux conditions de droit dans lesquelles elles se sont constituées et aux conditions de fait dans lesquelles elles vivent désormais. Ajouté à cela que l'intérêt supérieur de l'enfant envisagé non plus sous l'angle de la convention de New York mais sous celui de la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme qui en a fait une composante du respect de la vie familiale milite aussi en ce sens. C'est du moins l'enseignement que l'on peut tirer me semble-t-il de l'arrêt *Wagner* (...) ».

27. Le 6 avril 2011, la Cour de cassation (première chambre civile) rejeta cependant le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :

« (...) attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ;

Que dès lors, la cour d'appel a retenu à bon droit que, dans la mesure où il donnait effet à une convention de cette nature, le jugement « américain » du 14 juillet 2000 était contraire à la conception française de l'ordre public international, en sorte que les actes de naissance litigieux ayant été établis en application de cette décision, leur transcription sur les registres d'état civil français devait être annulée ; qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux Mennesson en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention (...), non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant (...) ».

#### 4. *La demande de certificat de nationalité*

28. Le 16 avril 2013, le premier requérant déposa au greffe du tribunal d'instance de Paris une demande de délivrance d'un certificat de nationalité française au bénéfice des troisième et quatrième requérantes. Le greffier en chef lui adressa des récépissés datés des 31 octobre 2013 et 13 mars 2014, indiquant que cette demande « [était] toujours en cours dans [ses] services, en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles, Californie ».

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Dispositions de droit civil

29. L'article 18 du code civil est rédigé comme il suit :

« Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français. »

30. Les articles 16-7 et 16-9 du code civil (créés par loi n° 94-653 du 29 juillet 1994) sont ainsi libellés :

#### **Article 16-7**

« Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »

#### **Article 16-9**

« Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. »

31. À la date de la naissance des troisième et quatrième requérantes (le 25 octobre 2000) et jusqu'au 27 novembre 2003, l'article 47 du code civil prévoyait que « tout acte de l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ». La Cour de cassation avait toutefois précisé que « les actes de l'état civil ne font foi des faits qui ont été déclarés à l'officier de l'état civil que jusqu'à la preuve du contraire » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 novembre 1986 : Bulletin 1986 I, n° 258, p. 247).

Dans sa version en vigueur du 27 novembre 2003 au 15 novembre 2006, l'article 47 du code civil était rédigé comme il suit :

« 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 que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

En cas de doute, l'administration, saisie d'une demande d'établissement, de transcription ou de délivrance d'un acte ou d'un titre, sursoit à la demande et informe l'intéressé qu'il peut, dans un délai de deux mois, saisir le procureur de la République de Nantes pour qu'il soit procédé à la vérification de l'authenticité de l'acte.

S'il estime sans fondement la demande de vérification qui lui est faite, le procureur de la République en avise l'intéressé et l'administration dans le délai d'un mois.

S'il partage les doutes de l'administration, le procureur de la République de Nantes fait procéder, dans un délai qui ne peut excéder six mois, renouvelable une fois pour les nécessités de l'enquête, à toutes investigations utiles, notamment en saisissant les autorités consulaires compétentes. Il informe l'intéressé et l'administration du résultat de l'enquête dans les meilleurs délais.

Au vu des résultats des investigations menées, le procureur de la République peut saisir le tribunal de grande instance de Nantes pour qu'il statue sur la validité de l'acte après avoir, le cas échéant, ordonné toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

## **B. Dispositions de droit pénal**

32. Les articles 227-12 et 227-13 du code pénal disposent :

### **Article 227-12**

« (...) Est puni [d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende] le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative (...) est punie des mêmes peines. »

### **Article 227-13**

« La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

La tentative est punie des mêmes peines. »

## **C. La Jurisprudence de la Cour de cassation**

33. La Cour de cassation considère que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes (Cass. ass. plén. 31 mai 1991 : Bulletin 1991 A.P., n° 4, p. 5 ; dans cette affaire, la mère porteuse était la mère biologique de l'enfant). Cette position fait obstacle à l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant issu d'une telle convention et la femme qui l'a recueilli à sa naissance et qui l'élève, que ce soit par le biais, comme en l'espèce, de la transcription sur les registres de l'état civil des mentions figurant sur un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger, par le biais de l'adoption (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 1994 : Bulletin 1994 I, n° 226, p. 164 ; dans cette affaire également,

la mère porteuse était la mère biologique de l'enfant), ou par l'effet de la possession d'état (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avril 2011 : pourvoi n° 09-17130).

34. Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de la transcription des actes de naissance d'enfants nés en Inde d'une gestation pour autrui, de mères indiennes et de pères français (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. ; pourvois n°s 12-18315 et 12-30138). Ces derniers, qui avaient préalablement reconnus les enfants en France, avaient vainement sollicité la transcription des actes de naissances établis en Inde. Dans l'un des cas, la cour d'appel avait ordonné la transcription au motif que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux n'étaient pas contestées. La Cour de cassation a cassé l'arrêt au motif qu'en l'état du droit positif, le refus de transcription est justifié « lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des [articles 16-7 et 19-9 du code civil] » (la Cour de Cassation a statué à l'identique le 19 mars 2014 dans une affaire similaire ; pourvoi n° 13-50005). Dans l'autre cas, la cour d'appel avait refusé d'ordonner la transcription, retenant qu'il ne s'agissait pas seulement d'un contrat de gestation pour autrui prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, contraire à l'ordre public, le père ayant versé à la mère porteuse un salaire de 1 500 EUR. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi par le même motif que dans son autre arrêt. Elle a ajouté qu'« en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention (...) ne sauraient être utilement invoqués ». Sur ce même fondement et après avoir souligné que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel en ce qu'elle avait annulé la reconnaissance de paternité.

#### **D. La décision du juge des référés du Conseil d'État du 4 mai 2011**

35. Par une décision du 4 mai 2011, le juge des référés du Conseil d'État a rejeté un appel du ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes, dirigé contre une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lyon enjoignant de faire bénéficiaire des enfants nés en Inde d'un père français et d'une mère indienne d'un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire français dans les meilleurs délais. Leur demande à cette fin avait été rejetée par les autorités au motif qu'elles soupçonnaient qu'ils étaient nés d'une gestation pour autrui.

Le juge des référés du Conseil d'État retient notamment que « la circonstance que la conception de ces enfants par [le père biologique français] et [la mère biologique indienne] aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant ».

#### **E. La circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013**

36. Le 25 janvier 2013, la garde des Sceaux, ministre de la Justice, a adressé aux procureurs généraux près les cours d'appel, au procureur près le tribunal supérieur d'appel, aux procureurs de la République et aux greffiers des tribunaux d'instance, la circulaire suivante :

« L'attention de la chancellerie a été appelée sur les conditions de délivrance des certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.

Vous veillerez, dans l'hypothèse où de telles demandes seraient formées, et sous réserve que les autres conditions soient remplies, à ce qu'il soit fait droit à celles-ci dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil selon lequel « 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 ».

À l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance sera fondé, après consultation du bureau de la nationalité, à refuser la délivrance d'un CNF.

J'appelle votre attention sur le fait que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probantes au sens de l'article 47 précité.

Dans tous les cas, le bureau de la nationalité sera destinataire d'une copie du dossier et du certificat de nationalité française délivré ou du refus de délivrance opposé.

Vous veillerez, par ailleurs, à informer le bureau de la nationalité de toutes difficultés liées à l'application de la présente circulaire. »

### III. L'ÉTUDE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LA RÉVISION DES LOIS DE BIOÉTHIQUE

37. Dans une étude sur la révision des lois de bioéthique adoptée par son assemblée générale plénière le 9 avril 2009 (La documentation française, 2009), le Conseil d'État s'est notamment penché sur les questions que pose la gestation pour autrui. Abordant la problématique de la reconnaissance en droit français des enfants ainsi conçus, il a souligné ce qui suit (pp. 63-66) :

« (...)

#### **La question de la reconnaissance en droit français des enfants nés de gestations pour autrui**

Quel est le statut juridique des enfants nés, en France ou à l'étranger, d'une gestation pour autrui illégale mais dont les parents d'intention veulent faire reconnaître en France la filiation, notamment par la transcription à l'état civil des actes de naissance dressés sur place ? La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur une affaire où la Cour d'appel avait, à rebours de la plupart des décisions de juges du fond, reconnu la validité de la transcription des actes d'état civil dressés aux États-Unis. Mais si la Cour de cassation a cassé l'arrêt, c'est pour une raison de procédure et sans traiter le fond, de sorte que la question n'est toujours pas tranchée en jurisprudence (Première chambre civile, affaire 07-20 468, arrêt no 1285, 17 décembre 2008).

Les questions juridiques que cette situation pose sont sérieuses.

Dans la plupart des cas, les parents d'intention demandent la transcription sur les registres de l'état civil français des actes juridiques qui établissent leur lien de parenté dans le pays où a eu lieu la gestation pour autrui – il s'agit en général de la reconnaissance de l'enfant par le père et de l'adoption de ce même enfant par la mère d'intention.

La reconnaissance de la paternité du père, s'il a été donneur, ne soulève pas toujours de difficultés, quoique la jurisprudence, assez rare sur ces questions, ne soit pas clairement tranchée. Certains tribunaux considèrent en effet que, en se rendant à l'étranger pour y conclure une convention illégale en France, le couple contourne sciemment la loi française et que, par suite, en vertu du principe selon lequel « la fraude corrompt tout », la filiation paternelle doit être refusée. Dans d'autres cas, le père donneur a fait procéder à la transcription sans que le Parquet en ait demandé l'annulation. En pratique, le problème tient cependant principalement à la reconnaissance de la « mère d'intention », la Cour de cassation ayant interdit que l'enfant né d'une gestation pour autrui légale à l'étranger puisse faire l'objet d'une adoption plénière par la femme ou la compagne du père de l'enfant, lorsque la paternité de celui-ci est établie (arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991, cf. supra note no 31). Pour la Cour de cassation, la disposition d'ordre public que constitue l'article 16-7 du code civil prévoyant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », il existe une contrariété entre la loi étrangère et l'ordre public international français.

L'absence de transcription de l'acte d'état civil étranger ne fait pas obstacle à ce que cet état civil soit reconnu et utilisé par les parents dans les actes de la vie courante (rapports avec les administrations, les écoles, les structures de soins...), d'autant que la formalité de la transcription ne revêt pour les couples concernés aucun caractère obligatoire. En effet, l'article 47 du code civil reconnaît la force probante des actes

d'état civil dressés à l'étranger [Note de bas de page : Sauf s'il est établi qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; mais ce n'est pas ce qui est en jeu dans les situations dont nous parlons]. L'acte doit toutefois être traduit et, sous réserve de conventions contraires, être légalisé ou « apostillé » par les autorités compétentes.

Toutefois, dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie. Il convient de relever notamment qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation de l'enfant établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, lorsque celle-ci décède, l'enfant ne peut pas hériter d'elle, sauf à ce qu'elle l'ait institué légataire, les droits fiscaux étant alors calculés comme si l'enfant était un tiers.

À ce jour, la pratique du parquet de Nantes, qui connaît de ces situations, est de refuser les transcriptions demandées, au motif que celles-ci sont contraires à l'ordre public international français. Il existe, il est vrai, la notion « d'effet atténué de l'ordre public », à laquelle on peut recourir lorsqu'il s'agit de laisser perdurer en France les effets d'une situation fixée à l'étranger, mais cette notion ne trouve pas à s'appliquer pour des couples français qui se sont spécialement rendus à l'étranger pour y bénéficier de la gestation pour autrui, si l'on considère que l'article 16-7 du code civil est une loi de police relevant de l'ordre public absolu et, en tout état de cause, qu'il y a eu une fraude à la loi. La transcription devient alors interdite. Cette position du Parquet – qui, le cas échéant, procède à la transcription de l'acte étranger à la seule fin d'en demander l'annulation – est partagée par certaines juridictions du fond qui ont eu à se prononcer. Cependant, toutes ne vont pas dans ce sens : un récent arrêt du 25 octobre 2007 de la cour d'appel de Paris [Note de bas de page : Cassé pour motif de procédure par l'arrêt du 17 décembre 2008 de la Cour de cassation déjà cité], confirmant un jugement du tribunal de grande instance de Créteil, a considéré que, « l'intérêt supérieur de l'enfant », garanti par le droit international, justifiait que soit transcrite la filiation tant paternelle que maternelle.

### **Quelles pistes si l'on veut permettre d'assurer aux enfants une certaine sécurité de la filiation ?**

Il a été proposé de dissocier le sort des enfants de celui du contrat illicite, dans l'esprit de l'évolution qui a été constatée pour les enfants adultérins. Dans ce dernier domaine, la loi a fini par reconnaître des droits, notamment successoraux, équivalents à ceux des autres enfants. Pour pallier les inconvénients résultant de l'absence de filiation des enfants issus de gestation pour autrui, la solution pourrait être d'admettre une sorte de « filiation putative » (en comparaison avec l'institution du mariage putatif admis par le droit français : en vertu de l'article 201 du code civil, un mariage déclaré nul peut malgré tout produire ses effets s'il a été contracté de bonne foi).

Il pourrait également être envisagé d'autoriser la transcription de la filiation paternelle et d'admettre une possibilité pour la mère d'intention d'engager une procédure d'adoption, impossible en l'état du droit. Cette solution permettrait au juge de contrôler l'adoption et de n'admettre celle-ci que si elle est dans l'intérêt de l'enfant. Cette solution pose toutefois un problème dans le cadre des couples non mariés, puisque l'adoption n'est pas permise au sein de tels couples : ainsi, un arrêt du 20 février 2007 de la Cour de cassation a annulé une décision admettant l'adoption de l'enfant par la compagne du père, au motif que cette adoption entraînait le transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante seule. Il en résulterait donc une différence selon le statut matrimonial du couple. En effet, l'adoptante non mariée serait alors

seule investie de l'autorité parentale (cf. articles 356 et 365 du code civil), à l'exclusion du père, et la question de l'héritage resterait entière.

Toutes ces solutions auraient cependant pour point commun de créer une profonde incohérence juridique par rapport à la prohibition de la gestation pour autrui en droit interne. Elles conduiraient en effet à reconnaître des effets juridiques à une situation que le législateur a formellement interdite. En privant d'une partie de ses effets l'interdiction de la gestation pour autrui, on prendrait le risque de faciliter des pratiques jugées contraires au respect de la personne humaine, qu'il s'agisse de la mère gestatrice ou de l'enfant. Sur un plan autant juridique que symbolique, il paraît délicat de concilier le maintien de cet interdit en France et la reconnaissance de certains effets d'une gestation régulièrement conduite à l'étranger. En outre, admettre une forme de régularisation au bénéfice des couples ayant eu légalement recours à une gestation pour autrui à l'étranger sans autoriser la même pratique pour les « parents d'intention » qui auraient recouru illégalement à la gestation pour autrui en France, créerait une injustice entre les enfants élevés par des couples ayant eu les moyens de se rendre à l'étranger et les enfants élevés par ceux qui n'auraient pu le faire.

Des solutions ponctuelles peuvent cependant être imaginées dans le but de pallier les difficultés pratiques des familles, sans modifier les règles relatives à la filiation.

On pourrait ainsi permettre la transcription de la seule filiation paternelle, en considérant qu'il en va de l'intérêt de l'enfant que sa filiation soit reconnue à l'égard de son père biologique ; puis, à défaut de permettre la reconnaissance de la filiation maternelle, la mère d'intention pourrait bénéficier, à la demande du père, d'un jugement de délégation avec partage de l'autorité parentale (article 377 du code civil). Dans ce cas, la mère pourrait bénéficier de prérogatives liées à l'autorité parentale (comme peuvent en bénéficier certains tiers au regard du droit de la famille) sans que la filiation à son égard soit pour autant établie. Toutefois, de même que l'option précédente consistant à permettre une adoption par la mère, le recours à une délégation-partage de l'autorité parentale nécessite que l'on admette une possibilité d'établissement de la filiation paternelle (par la transcription de l'acte étranger, ou par la reconnaissance). Celle-ci ne devrait pas, malgré les incertitudes jurisprudentielles, créer de difficulté, puisqu'il existe un lien biologique entre l'enfant et le père, lequel se trouve dans une situation similaire à celle du père d'un enfant né hors mariage. La filiation paternelle paraît au Conseil d'État pouvoir être reconnue.

On pourrait enfin autoriser l'inscription en marge de l'acte de naissance de l'enfant d'une mention relative au jugement étranger qui a reconnu la mère d'intention comme mère, en prévoyant que cette inscription aurait pour seul effet d'éviter qu'en cas de décès de la mère, une procédure d'adoption plénière par un tiers puisse priver les parents de la mère d'intention de tout lien avec l'enfant (cette inscription aurait pour effet de permettre une adoption simple mais non plénière). »

#### IV. LE RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL « FILIATION, ORIGINES, PARENTALITE »

38. Dans le cadre de la préparation d'un « projet de loi abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités et les nouveaux droits pour les enfants », la ministre déléguée à la famille a chargé un groupe de travail « filiation, origines, parentalité » présidé par M<sup>me</sup> Irène Théry, sociologue, directrice d'études à l'école des hautes études en sciences sociales, de préparer un rapport appréhendant les métamorphoses contemporaines de la

filiation et analysant la diversité de ses modalités d'établissement ainsi que les questions qu'elles soulèvent. Intitulé « filiation, origines, parentalité – le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle » et publié en avril 2014, ce rapport aborde notamment la question de la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. Constatant que la jurisprudence de la Cour de cassation fait obstacle à une telle reconnaissance, il souligne que cela a des « implications particulièrement graves » pour l'enfant. Il relève notamment ce qui suit :

« Il est d'abord impossible à l'enfant d'obtenir un acte d'état civil français. Cela présente un inconvénient majeur pour l'enfant et ses parents. S'ils peuvent certes, en pratique, faire certaines utilisations de l'acte étranger, dès lors qu'il est légalisé ou apostillé, le risque réel est que cet acte soit rejeté ou contesté par les administrations, qui confrontés à un acte étranger, craignent systématiquement une fraude.

Inévitablement, même muni de cet acte étranger, les parents d'intention vont se trouver face à des difficultés concrètes majeures. Ils vont devoir obtenir pour l'enfant un titre de voyage et de séjour, puisque l'enfant n'a pas la nationalité française. Il existe certes des correctifs à cette solution introduits par le Conseil d'État et la Circulaire dite Taubira, mais il n'est pas certain que les solutions proposées demeurent, notamment eu égard à la dernière solution de la Cour de cassation qui n'admet plus que la filiation puisse être établie à l'égard du père biologique. Il est probable que les administrations n'admettent plus désormais que l'acte étranger prouve une filiation dont la validité risque d'être contestée en droit français puisque la Cour de cassation a estimé que la naissance est intervenue dans le cadre d'un processus frauduleux. Cette difficulté sera récurrente devant toutes les administrations, pour les inscriptions à l'école, ou encore la perception des prestations sociales. En outre, dans la mesure où la filiation n'est pas réputée établie entre l'enfant et les parents d'intention, ceux-ci n'ont fondamentalement aucun titre à exercer l'autorité parentale ; cet aspect des choses, déjà préoccupant en lui-même, ne peut manquer de soulever des difficultés collatérales en cas de décès ou de séparation. Pour la même raison, en l'absence de legs ou testament, les enfants n'auront aucune vocation successorale à l'égard de leurs parents d'intention. »

Le rapport s'interroge également sur la compatibilité de la position de la Cour de cassation avec notamment l'article 8 de la Convention et l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant, aux termes duquel, « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Examinant ensuite les différentes solutions envisageables, le rapport formule la proposition suivante :

« Pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, il est proposé d'admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées, et ce parce qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention.

Cette reconnaissance doit s'accompagner d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de la Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via

l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne. »

## V. LES PRINCIPES ADOPTES PAR LE COMITE *AD HOC* D'EXPERTS SUR LES PROGRES DES SCIENCES BIOMEDICALES DU CONSEIL DE L'EUROPE

39. Le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe (CAHBI), prédécesseur du comité directeur de bioéthique précité, a publié en 1989 une série de principes dont le quinzième, relatif aux « mères de substitution », est ainsi libellé :

« 1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.

2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.

3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.

4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition:

- a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et
- b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant. »

## VI. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARE

40. La Cour a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autres que la France : Andorre, l'Albanie, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldova, Monaco, le Monténégro, les Pays-Bas, le Pologne, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, Saint-Marin, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine.

41. Il en ressort que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États : l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Islande, l'Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Dans dix autres États, dans lesquels il n'y a pas de réglementation relative à la gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine. Il s'agit d'Andorre,

de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de Saint-Marin.

La gestation pour autrui est en revanche autorisée dans sept de ces trente-cinq États (sous réserve de la réunion de conditions strictes) : en Albanie, en Géorgie, en Grèce, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Russie et en Ukraine. Il s'agit en principe de la gestation pour autrui dite altruiste (la mère porteuse peut obtenir le remboursement des frais liés à la grossesse mais ne peut être rémunérée), mais il semble que la gestation pour autrui peut revêtir un caractère commercial en Géorgie, en Russie et en Ukraine. Elle paraît en outre être tolérée dans quatre États où elle ne fait pas l'objet d'une réglementation : en Belgique, en République tchèque et, éventuellement, au Luxembourg et en Pologne.

42. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible pour les parents d'intention d'obtenir la reconnaissance ou l'établissement juridiques du lien de filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, soit par l'*exequatur*, soit par la transcription directe du jugement étranger ou de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état civil, soit par l'adoption. Il s'agit de l'Albanie, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Géorgie, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, des Pays-Bas, de la République tchèque, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Slovaquie et de l'Ukraine. Cela semble également possible dans onze autres États où la gestation pour autrui est interdite ou n'est pas prévue par la loi : en Autriche, en Belgique, en Finlande, en Islande, en Italie (s'agissant du moins du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), à Malte, en Pologne, à Saint-Marin, en Suède, en Suisse et, éventuellement, au Luxembourg.

Cela semble en revanche exclu dans les onze États suivants : Andorre, l'Allemagne (sauf peut-être quant au lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), la Bosnie-Herzégovine, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, Monaco, le Monténégro, la Roumanie, la Serbie et la Turquie.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

43. Les requérants se plaignent du fait qu'au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant, ils n'ont pas la possibilité d'obtenir en France la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger entre les deux premiers d'entre eux et les troisième et quatrième d'entre eux, nées à l'étranger d'une gestation pour autrui. Ils dénoncent une violation du droit

au respect de leur vie privée et familiale que l'article 8 de la Convention garantit en ces termes :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

### A. Sur la recevabilité

44. Bien que le Gouvernement ne conteste pas la recevabilité de cette partie de la requête, la Cour se doit d'apporter certaines précisions sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention.

45. La Cour rappelle qu'en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille (voir *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 117, ainsi que les références qui y sont indiquées). Elle note que le Gouvernement ne déduit pas que cette condition n'est pas remplie en l'espèce du fait que le lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième requérants n'est pas reconnu en droit interne. Elle rappelle à cet égard qu'elle a conclu dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (22 avril 1997, §§ 36-37, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II) à l'existence de « liens familiaux *de facto* » caractérisant l'applicabilité de l'article 8, entre un enfant né par insémination artificielle avec donneur, le compagnon transsexuel de sa mère, qui se comportait comme un père depuis la naissance, et cette dernière. Elle a similairement reconnu l'existence d'une vie familiale de fait dans – notamment – l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* (précitée, mêmes références) entre un enfant et sa mère adoptive alors que l'adoption n'était pas reconnue en droit interne. Ce qui importe à cette fin dans ce type de situations, c'est la réalité concrète de la relation entre les intéressés. Or il est certain en l'espèce que les premiers requérants s'occupent comme des parents des troisième et quatrième requérantes depuis leur naissance, et que tous les quatre vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle. Cela suffit pour établir que l'article 8 trouve à s'appliquer dans son volet « vie familiale ».

46. La Cour a par ailleurs jugé que la « vie privée », au sens de cette même disposition, intègre quelquefois des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu (*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 34, CEDH 2002-I; voir aussi l'arrêt *Jäggi c. Suisse* (n° 58757/00, § 37, CEDH 2006-X), dans lequel la Cour a souligné que le droit à l'identité fait partie intégrale de la notion de vie privée). Il en va ainsi

de la filiation dans laquelle s'inscrit chaque individu, ce qu'illustrent les affaires dans lesquelles la Cour a examiné la question de la compatibilité avec le droit au respect de la vie privée de l'impossibilité de faire établir un lien juridique entre un enfant et un parent biologique et a souligné que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain (voir en particulier *Mikulić* précité, § 35). Comme dans les affaires de ce type, il y a une « relation directe » (*Mikulić* précité, § 36) entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation. L'article 8 trouve donc également à s'appliquer en l'espèce dans son volet « vie privée ».

47. Cela étant, la Cour constate que cette partie de la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Relevant par ailleurs qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle la déclare recevable.

## **B. Sur le fond**

### *1. Sur l'existence d'une ingérence*

48. Les parties s'accordent à considérer que le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial unissant les requérants s'analyse en une « ingérence » dans leur droit au respect de leur vie familiale, et pose donc question sous l'angle des obligations négatives de l'État défendeur au regard de l'article 8 plutôt que de ses obligations positives.

49. La Cour marque son accord. Elle rappelle que telle était son approche notamment dans les affaires *Wagner et J.M.W.L.* (précitée, § 123) et *Negrepontis-Giannisis c. Grèce* (n° 56759/08, § 58, 3 mai 2011), qui concernaient le refus des juridictions luxembourgeoises et grecques de reconnaître juridiquement une adoption établie par des jugements étrangers. Elle précise que, comme dans ces affaires, il y a en l'espèce ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 non seulement dans son volet « vie familiale » mais aussi dans son volet « vie privée ».

50. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi (voir, par exemple, précités, *Wagner et J.M.W.L.*, § 124, et *Negrepontis-Giannisis*, § 61).

## 2. *Sur la justification de l'ingérence*

### a) « **Prévue par la loi** »

#### i. *Les requérants*

51. Les requérants soutiennent que l'ingérence litigieuse ne repose pas sur une base légale suffisante. Selon eux, au vu du droit positif à l'époque des faits, ils pouvaient légitimement croire que l'exception d'ordre public ne leur serait pas opposée et que la transcription des actes de naissance légalement établis en Californie se ferait sans difficulté. Ils renvoient au principe de l'effet atténué de l'ordre public, selon lequel « la réaction contre une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même selon qu'il s'agit d'acquérir un droit en France ou de faire produire des effets en France à un droit valablement acquis, sans fraude, à l'étranger » (arrêt Rivière ; Cass, civ, 1ère, 17 avril 1953).

52. Ils soulignent, premièrement, que l'article 16-7 du code civil se borne à poser le principe de la nullité de la convention de procréation ou de gestation pour autrui, sans établir que la nullité s'étend à la filiation des enfants ainsi conçus, notamment lorsque cette filiation est légalement établie par l'effet d'un jugement étranger. De plus, selon eux, aucune disposition de droit français n'interdit l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant ainsi conçu et la femme et l'homme qui l'accueillent, et dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, l'article 47 du code civil prévoyait que les actes de l'état civil réalisés en pays étranger faisaient foi dès lors qu'ils étaient établis dans les formes utilisés dans ce pays. Sur ce tout dernier point, ils estiment que la circonstance que le législateur a modifié cette disposition en 2003 pour prévoir expressément qu'ils ne peuvent recevoir effet lorsque les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité démontre que cette condition n'était pas antérieurement requise. Ils affirment en outre que des couples ayant eu recours à des conventions de gestation pour autrui à l'étranger avaient pu bénéficier de la transcription des actes d'état civil des enfants ainsi conçus.

53. Deuxièmement, à l'époque des faits, la jurisprudence n'opposait pas l'ordre public international à la reconnaissance d'une filiation. La Cour de cassation ne s'était prononcée dans un sens négatif que dans des affaires où la mère porteuse était également la mère biologique de l'enfant et où la gestation pour autrui avait eu lieu en France (arrêts des 31 mai 1991 et 29 juin 1994), et le ministère public avait renoncé à se pourvoir en cassation contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1990 validant l'adoption d'un enfant conçu aux États-Unis par gestation ou procréation pour autrui, alors que concomitamment il se pourvoyait contre un arrêt validant l'adoption d'un enfant ainsi conçu en France. En outre, ils jugent dénué de pertinence l'argument du Gouvernement selon lequel la jurisprudence relative à l'article 47 du code civil issue de l'arrêt de la Cour

de cassation du 12 novembre 1986 permettait de refuser de donner effet en France à des actes d'état civil établis dans des États tiers lorsque les faits qui y étaient rapportés ne correspondaient pas à la réalité. Ils soulignent à cet égard que les actes établis aux États-Unis en leur cause ne font pas état d'un prétendu lien biologique entre la deuxième requérante et les troisième et quatrième requérantes.

54. Troisièmement, alors que des couples dans la même situation qu'eux avaient sans difficulté obtenu du consulat français à Los Angeles des passeports pour les enfants, les requérants se sont heurtés à cet égard à un changement de pratique brutal destiné à détecter les cas de mères porteuses, comparable à celui que la Cour a condamné dans l'arrêt *Wagner* précité (§ 130).

*ii. Le Gouvernement*

55. Le Gouvernement estime pour sa part que l'ingérence était « prévue par la loi ». Il indique à cet égard que l'article 16-7 du code civil dispose que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle, cette disposition étant d'ordre public, et que la Cour de cassation a souligné dans des arrêts des 31 mai 1991 et 29 juin 1994 que les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes s'opposaient à ce que la qualité de père ou de mère soit décidée par un contrat, qu'ils relevaient également de l'ordre public, et qu'ils faisaient obstacles à ce qu'il soit donné effet, sur le plan de la filiation, à des contrats de maternité de substitution. Selon lui, le fait que ces arrêts concernent la validité de jugements d'adoption prononcés à la suite d'une gestation pour autrui intervenue sur le territoire français n'affecte pas leur pertinence en l'espèce ; ce qui compte, c'est qu'ils établissent clairement que de telles conventions contreviennent à ces principes d'ordre public. Autrement dit, d'après le Gouvernement, les requérants ne pouvaient ignorer ni le caractère d'ordre public de la prohibition de la gestation pour autrui en droit français au moment où ils se sont lancés dans ce projet, ni les difficultés susceptibles de se poser ensuite.

56. Il ajoute que la jurisprudence relative à l'article 47 du code civil issue de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1986 permettait de refuser de donner effet en France à des actes d'état civil établis dans des États tiers lorsque les faits qui y étaient rapportés ne correspondaient pas à la réalité. Il précise en outre que, sauf dans des cas isolés, il n'y avait pas en France à la date de la naissance des troisième et quatrième requérantes, une pratique consistant à transcrire les actes de naissance des enfants issus d'un contrat de gestation pour autrui conclu à l'étranger. Cela distinguerait les circonstances de l'espèce de celles de l'affaire *Wagner* précitée, dans laquelle les requérantes s'étaient vues privées du bénéfice d'une pratique de ce type en matière d'adoption.

*iii. La Cour*

57. Selon la jurisprudence de la Cour, les mots « prévue par la loi » figurant à l'article 8 § 2 imposent non seulement que la ou les mesures incriminées aient une base en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause : celle-ci doit être accessible au justiciable et prévisible. Pour satisfaire à la condition de prévisibilité, la loi doit énoncer avec suffisamment de précision les conditions dans lesquelles une mesure peut être appliquée, et ce pour permettre aux personnes concernées de régler leur conduite en s'entourant au besoin de conseils éclairés (voir, par exemple, *Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, § 55, CEDH 2000-V, et *Sabanchiyeva et autres c. Russie*, n° 38450/05, § 124, CEDH 2013 (extraits)).

58. La Cour estime que ces conditions sont remplies en l'espèce. Elle relève tout d'abord que les requérants n'apportent aucun élément à l'appui de leur affirmation selon laquelle il y avait antérieurement en France une pratique plus libérale quant à la reconnaissance d'un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention. Elle constate ensuite qu'à l'époque des faits déjà, les articles 16-7 et 16-9 du code civil prévoyaient expressément la nullité des conventions de gestation pour autrui et énonçaient qu'il s'agissait d'une nullité d'ordre public. Certes, la Cour de cassation ne s'était pas prononcée de manière générale sur la question de la reconnaissance en droit français des liens de filiation entre parents d'intention et enfants nés à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui. Elle avait cependant déjà précisé dans un cas où la mère porteuse était la mère biologique, qu'une telle convention contrevenait aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Elle en avait déduit dans un cas similaire que cela faisait obstacle à l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant ainsi conçu et la mère d'intention, et empêchait notamment la transcription sur les registres de l'état civil des mentions figurant sur un acte de naissance dressé à l'étranger (paragraphe 30 et 33 ci-dessus). Or c'est en se fondant sur ces dispositions du code civil et conformément à cette jurisprudence explicite que la Cour de cassation, d'une part, a conclu en l'espèce que le jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 était contraire à la conception française de l'ordre public international en ce qu'il donnait effet à une convention de gestation pour autrui, et, d'autre part, en a déduit que la transcription des actes de naissance établis en application de ce jugement sur les registres d'état civil français devait être annulée. Selon la Cour, les requérants ne pouvaient dans ces conditions ignorer qu'il y avait au moins un risque sérieux que le juge français conclue de la sorte dans leur cas, même si aucune disposition de droit interne ne faisait expressément obstacle à la reconnaissance d'un lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux, et nonobstant le principe de l'effet atténué de l'ordre public (que le Conseil d'État considère

d'ailleurs inapplicable à la situation ; paragraphe 37 ci-dessus). Il y a donc lieu de retenir que l'ingérence était « prévue par la loi », au sens de l'article 8 de la Convention.

**b) Buts légitimes**

59. Les requérants observent que le ministère public avait, de sa propre initiative, sollicité la transcription du jugement rendu en leur cause aux États-Unis puis, plusieurs mois après avoir obtenu cette transcription, avait saisi le juge interne d'une action en annulation. D'après eux, au vu de ce comportement contradictoire, on ne saurait retenir que les autorités françaises poursuivaient un but légitime.

60. Le Gouvernement réplique que le refus de transcrire dans les registres français les actes d'état civil américains était motivé par le fait que cette transcription aurait donné effet à une convention de gestation pour autrui, formellement prohibée par une disposition interne d'ordre public et pénalement sanctionnée lorsqu'elle est pratiquée en France. Il souligne que le droit français reflète ainsi des principes d'éthique et de morale qui s'opposent à ce que le corps humain devienne l'objet de transactions et que l'enfant soit réduit à être l'objet d'un contrat. Il en déduit que l'ingérence avait pour « buts légitimes » la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui. Il ajoute que si le parquet a sollicité la transcription des actes de naissances des troisième et quatrième requérantes, c'était précisément pour en demander ensuite l'annulation. Il aurait de la sorte procédé conformément à l'article 511 de l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, qui précise qu'il y a lieu à transcription d'office lorsque l'ordre public est intéressé, notamment en cas de nécessité d'annuler un acte de l'état civil concernant un français, dressé à l'étranger dans les formes locales.

61. La Cour n'est pas convaincue par la thèse des requérants. On ne peut en effet déduire du seul fait que le ministère public a lui-même sollicité la transcription du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 pour ensuite en requérir l'annulation, que le but poursuivi par l'ingérence litigieuse ne figurait pas parmi ceux qu'énumère le second paragraphe de l'article 8. Cela étant, elle n'est pas davantage convaincue par l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il s'agissait d'assurer « la défense de l'ordre » et « la prévention des infractions pénales ». Elle constate en effet que le Gouvernement n'établit pas que le fait pour des Français d'avoir recours à la gestation pour autrui dans un pays où elle est légale serait constitutif d'une infraction en droit français. Elle relève à ce titre que, si une information a été ouverte en l'espèce pour « entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui » et « simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants », le juge d'instruction a conclu au non-lieu, au motif que, commis sur le territoire américain où ils n'étaient pas

pénalement répréhensibles, les faits visés ne constituaient pas des délits punissables sur le territoire français (paragraphe 15-16 ci-dessus).

62. La Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (paragraphe 37 ci-dessus) – la mère porteuse. Elle admet en conséquence que le Gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui ».

**c) « Nécessaire », « dans une société démocratique »**

*i. Les requérants*

63. Les requérants concèdent qu'eu égard à l'absence d'approche européenne commune, les États parties ont en principe une large marge d'appréciation s'agissant de l'élaboration du droit relatif à la gestation pour autrui. Ils considèrent cependant qu'en l'espèce cette marge d'appréciation doit être relativisée. En effet, selon eux, d'une part, il n'est pas question de la compatibilité avec la Convention de l'interdiction de la gestation pour autrui par un État membre ; est critiquée la décision qui, dans le pays où ils résident, prive des enfants, issus d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, d'actes d'état civil indiquant leur filiation, y compris celle à l'égard de leur père biologique. D'autre part, ils estiment qu'existe en Europe une tendance favorable, à tout le moins, à la prise en compte des situations telles que les leurs. Renvoyant à l'arrêt *Wagner et J.M.W.L.* précité, ils soulignent que la nécessité de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant a pour effet de restreindre la marge d'appréciation des États.

64. Se référant à ce même arrêt (§ 135), les requérants indiquent ensuite que les juridictions françaises n'ont pas procédé à l'examen concret et minutieux requis de leur situation familiale et des intérêts en présence : la cour d'appel se serait bornée à écarter sans motif le moyen tiré d'une violation de l'article 8 de la Convention, ce que la Cour de cassation aurait validé en se limitant à énoncer que la mesure litigieuse n'empêchait pas les requérants de vivre ensemble.

65. En outre, selon les requérants, la position rigide de la Cour de cassation, qui vise à conserver un plein « effet dissuasif » à la prohibition de la gestation pour autrui, revient à faire obstacle à tout aménagement pragmatique consistant à reconnaître, au nom de l'intérêt supérieur de

l'enfant, les effets d'une situation régulièrement constituée à l'étranger. Cela irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 8, qui consacre une approche concrète de la réalité de la vie familiale (les requérants se réfèrent notamment à l'arrêt *Wagner* précité, § 133).

66. De plus, d'après les requérants, la justification retenue par les juridictions internes manque de pertinence dès lors que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes fait l'objet de nombreux aménagements – ainsi, par exemple, les transsexuels peuvent obtenir un changement de la mention du sexe sur leur état civil – et que la reconnaissance juridique des enfants nés régulièrement à l'étranger d'une gestation pour autrui fait débat en doctrine, au Parlement et dans la société. Elle manquerait d'autant plus de pertinence que le droit positif serait en principe favorable aux parents « d'intention ». Ainsi, dans le cas d'accueil d'embryon (légal en France ; les requérants renvoient aux articles L. 2141-4 et suivants du code de la santé publique), une femme qui porte l'embryon d'un autre couple et met au monde un enfant qui n'est pas biologiquement le sien, pourrait, tout comme son conjoint, établir un lien de filiation avec cet enfant à l'exclusion des parents biologiques. Pareillement, en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur (également légale en France), aucun lien de filiation ne pourrait être établi avec le donneur de sperme, alors que la filiation à l'égard du conjoint de la mère pourrait être établie (les requérants renvoient aux articles 311-19 et 311-20 du code civil).

67. Les requérants indiquent qu'à cela s'ajoute le fait que l'ingérence ne permet pas d'atteindre l'objectif poursuivi, puisque, comme le souligne la Cour de cassation, elle ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît et n'empêche pas les requérants de vivre ensemble en France. En outre, leur communauté de vie effective et affective se trouverait frappée de « clandestinité juridique ». Ce serait d'autant plus choquant à l'égard du premier requérant, que le refus de transcription le prive de la reconnaissance de son lien de parenté avec les troisième et quatrième requérantes alors qu'il est leur père biologique et que rien ne s'opposait à la reconnaissance de ce lien par l'état civil français. Plus encore, les requérants n'auraient aucune autre possibilité de faire établir juridiquement leur lien familial, la jurisprudence de la Cour de cassation faisant obstacle non seulement à la transcription des actes d'état civil, mais aussi à l'adoption et à la reconnaissance de la possession d'état. En cela, leur cas se distinguerait clairement de la situation examinée par la Cour dans l'affaire *Chavdarov c. Bulgarie* (n° 3465/03, 21 décembre 2010).

68. Les requérants soulignent aussi que la mesure litigieuse a des conséquences « lourdement disproportionnées » sur la situation des troisième et quatrième d'entre eux : en l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation avec les premiers requérants, elles n'ont pas la nationalité française, n'ont pas de passeport français, n'ont pas de titre de séjour

valable (même si elles sont protégées de l'expulsion par leur minorité), et pourraient se heurter à l'impossibilité de l'obtenir et donc de bénéficier à leur majorité du droit de vote et de séjourner sans condition sur le territoire français, et pourraient se trouver empêchées d'entrer dans la succession des premiers requérants ; de plus, en cas de décès du premier requérant ou de séparation, la deuxième requérante se verrait privée de tout droit sur les enfants, à leur préjudice comme au sien ; à l'occasion des démarches administratives où la nationalité française ou la filiation sont exigées (l'inscription des enfants à la sécurité sociale, à la cantine scolaire ou au centre aéré ou des demandes d'aides financière auprès de la caisse d'allocations familiales), ils doivent produire l'acte d'état civil américain accompagné d'une traduction assermentée pour prouver la filiation et sont livrés au bon-vouloir de leurs interlocuteurs. Les requérants soulignent à cet égard que, devant la cour de cassation, l'avocat général s'est prononcé en faveur de la reconnaissance du lien de filiation les unissant, au nom notamment de l'intérêt supérieur des enfants, et que la cour d'appel de Paris elle-même a retenu que la situation engendrait des difficultés concrètes pour la famille Mennesson. Ils se réfèrent également au rapport du Conseil d'État de 2009 sur la révision des lois de bioéthique, qui indique que « dans les faits, la vie des familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie ». Ils ajoutent que, dans l'arrêt *Wagner* précité (§ 132), la Cour a notamment reconnu qu'il y avait dans ce type de situation une omission de tenir compte de la « réalité sociale » et que l'enfant ne se voyait pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans sa famille [en l'occurrence] adoptive ». Ils s'interrogent en outre sur le sens qu'aurait le refus de transcrire les actes d'état civil établis à l'étranger si, comme le prétend le Gouvernement, de tels actes produisaient leur plein effet en France et leur transcription n'était qu'une formalité.

69. Les requérants font également valoir que la conclusion de non-violation de l'article 8 auquel la Cour est parvenue dans les affaires *A., B. et C. c. Irlande* [GC] (n° 25579/05, CEDH 2010) et *S.H. et autres c. Autriche* [GC] (n° 57813/00, CEDH 2011), qui concernaient respectivement l'accès à l'avortement et à la procréation médicalement assistée, reposait notamment sur le constat que, si le droit interne interdisait ces pratiques, il n'empêchait pas les individus de se rendre à l'étranger pour en bénéficier et, dans l'affaire *S.H.*, que les filiations paternelle et maternelle se trouvaient alors « régies par des dispositions précises du code civil [respectant] le souhait des parents ».

70. Dans leurs réponses aux questions complémentaires du président de la section (paragraphe 5 ci-dessus), les requérants indiquent qu'aux termes de l'article 311-14 du code civil, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant (et, si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant), soit, d'après la jurisprudence de

la Cour de cassation (Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 1996), celle qui est mentionnée dans l'acte de naissance. Or il résulte de la décision rendue le 14 juillet 2000 par la Cour suprême de Californie que les parents officiels des troisième et quatrième requérantes sont les premiers requérants. Les autorités et juridictions françaises auraient toutefois refusé de faire ce constat, avec pour conséquence que la mère n'étant pas reconnue au sens du droit français, la filiation ne pourrait être régie par la loi personnelle de celle-ci. Elle le serait donc par la loi personnelle des troisième et quatrième requérantes, c'est-à-dire par la loi américaine. Le lien de filiation entre elles et les premiers requérants ne pouvant être établi en droit français et les arrêts du 13 septembre 2013 de la Cour de cassation ayant annulé des reconnaissances de paternité effectués par les pères biologiques d'enfants issus d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (paragraphe 34 ci-dessus), les troisième et quatrième requérantes ne pourraient accéder à la nationalité française en application de l'article 18 du code civil (« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ») alors même que le premier requérant est leur père biologique. Les requérants ajoutent que, nonobstant la circulaire du 25 janvier 2013 (paragraphe 36 ci-dessus), les troisième et quatrième d'entre eux ne peuvent obtenir un certificat de nationalité. En effet, selon eux, du fait de l'arrêt rendu dans leur cause par la Cour de cassation et de sa jurisprudence du 13 septembre 2013 qualifiant de « frauduleux » le processus ayant permis l'établissement de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une convention de de gestation pour autrui, les actes de naissance américains de ces dernières ne font pas foi au sens de l'article 47 du code civil, de sorte que cette disposition est inopérante. Ils ajoutent que le sens de la circulaire est de ne pas faire obstacle à la délivrance d'un certificat de nationalité sur la foi d'un simple soupçon de recours à la gestation pour autrui ; elle serait donc sans effet sur les situations comme la leur, où les juridictions ont explicitement constaté qu'il y avait eu gestation pour autrui. À l'appui de cette thèse, ils indiquent n'avoir pas reçu de réponse à la demande de délivrance d'un certificat de nationalité française des troisième et quatrième d'entre eux déposée le 16 avril 2013 par le premier d'entre eux au greffe du tribunal d'instance de Charenton Le Pont. Ils produisent des récépissés signés le 31 octobre 2013 et 13 mars 2014 par le greffier indiquant que cette demande « est toujours en cours dans [ses] services, en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles, Californie ». Ils ajoutent qu'en raison notamment de la jurisprudence de la Cour de cassation du 13 septembre 2013, le premier d'entre eux ne peut reconnaître les troisième et quatrième d'entre eux alors même qu'il est leur père biologique.

*ii. Le Gouvernement*

71. Le Gouvernement expose que l'absence de transcription des actes d'état civil étrangers tels que les actes de naissance des troisième et

quatrième requérantes n'empêche pas qu'ils produisent tous leurs effets sur le territoire national. Ainsi, premièrement, des certificats de nationalité française sont délivrés sur le fondement de tels actes dès lors qu'il est établi que l'un des parents est français (le Gouvernement produit une copie de la circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013, et observe que les requérants n'ont fait aucune démarche en vue de l'acquisition de la nationalité française par les troisième et quatrième d'entre eux) et les mineurs ne peuvent faire l'objet de mesures de reconduite à la frontière ; deuxièmement, les premier et deuxième requérants exercent pleinement l'autorité parentale sur les troisième et quatrième requérantes, sur le fondement des actes de l'état civil américain de ces dernières ; troisièmement, si un divorce devait survenir, le juge aux affaires familiales fixerait le lieu de résidence et les droits de visite des parents tels que ceux-ci sont désignés par l'acte d'état civil étranger ; quatrièmement, la preuve de la qualité d'héritier pouvant être apportée par tout moyen, les troisième et quatrième requérantes seraient en mesure d'hériter des premiers requérants sur le fondement de leurs actes d'état civil américains, dans les conditions du droit commun. Le Gouvernement observe en outre que les requérants ont surmonté les problèmes dont ils font état dès lors qu'ils ne prétendent pas ne pas avoir pu inscrire les troisième et quatrième d'entre eux à la sécurité sociale ou à l'école et ne pas bénéficier des aides sociales gérées par la caisse d'allocations familiales, et que, d'une manière générale, ils n'établissent pas qu'ils font face à des « difficultés nombreuses et quotidiennes » du fait du refus de transcription. Il s'interroge en conséquence sur la portée réelle de l'ingérence dans la vie familiale des requérants, cette ingérence étant réduite à l'impossibilité pour eux de se voir délivrer des actes d'état civil français.

72. Le Gouvernement insiste sur le fait que, soucieux de proscrire toute possibilité de marchandisation du corps humain, de garantir le respect du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, le législateur, exprimant la volonté générale du peuple français, a décidé de ne pas autoriser la gestation pour autrui. Le juge interne en a dûment tiré les conséquences en refusant de transcrire les actes de l'état civil d'individus nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit sciemment et impunément contournée et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction.

Il ajoute, s'agissant spécifiquement de l'absence de transcription de la filiation paternelle, qu'elle découle du fait que le projet des requérants était celui d'un couple et qu'« il n'y a pas lieu » de dissocier les situations respectives des membres de celui-ci. Il estime en outre qu'eu égard à la diversité des fondements et des modes d'établissement de la filiation prévus par le droit français, le privilège qui pourrait ainsi être accordé à un critère purement biologique « paraît très contestable ». Enfin, il considère qu'« en

termes d'intérêt de l'enfant, il semble préférable de situer les deux parents sur le même niveau de consécration juridique des liens existants entre eux et leurs enfants ».

73. Le Gouvernement ajoute que, la gestation pour autrui étant un sujet d'ordre moral et éthique et en l'absence de consensus sur cette question parmi les États parties, il faut reconnaître à ces derniers une large marge d'appréciation dans ce domaine ainsi que dans la manière dont ils appréhendent les effets de la filiation établie dans ce contexte à l'étranger. Selon lui, vu cette large marge d'appréciation et le fait que la vie familiale des requérants se déroule de manière normale sur le fondement de l'état civil américain des enfants et que l'intérêt supérieur de ces derniers est préservé, l'ingérence dans l'exercice des droits que l'article 8 de la Convention leur garantit est « extrêmement proportionnée » aux buts poursuivis, si bien qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition.

74. Dans ses réponses aux questions complémentaires du président de la section (paragraphe 5 ci-dessus), le Gouvernement indique que la loi applicable à l'établissement de la filiation des troisième et quatrième requérantes est, selon l'article 311-14 du code civil, la loi personnelle de leur mère, soit, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>ère</sup> 11 juin 1996, Bull. civ. n° 244), de celle qui les a mis au monde ; il s'agit donc de la loi de la mère porteuse, c'est-à-dire en l'espèce, de la loi américaine ; or au regard de cette loi, les premiers requérants sont les parents des troisième et quatrième requérantes, la deuxième requérante étant leur « mère légale ». Le Gouvernement ajoute que, dès lors qu'ils répondent aux prescriptions de l'article 47 du code civil et indépendamment de leur transcription, les actes de naissances étrangers produisent leurs effets sur le territoire français, notamment quant à la preuve de la filiation dont ils font état. Il précise que l'article 47 est applicable en l'espèce alors même que la transcription des actes de naissance américains des troisième et quatrième requérantes a été annulé en vertu de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 2011 et qu'il résulte de la jurisprudence de celle-ci que les conventions de gestation pour autrui sont nulles et d'une nullité d'ordre public et ne peuvent produire d'effet en droit français au regard de la filiation. En conséquence, l'article 18 du code civil – aux termes duquel est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français – s'applique dès lors que la preuve de l'existence du lien de filiation légalement établi est rapportée par la remise d'un acte de l'état civil étranger dont la force probante ne peut être contestée. Enfin, le Gouvernement indique que le premier requérant ne pourrait pas reconnaître en France les troisième et quatrième requérantes, la Cour de cassation ayant jugé le 13 septembre 2013 que la reconnaissance de paternité formée par un père d'intention à l'égard d'un enfant né d'un contrat de gestation pour autrui devait être annulé en raison de la fraude à la loi commise par son auteur en recourant à ce procédé.

*iii. La Cour**α. Considérations générales*

75. La Cour note que le Gouvernement soutient que, dans le domaine en litige, les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation importante pour décider ce qui est « nécessaire », « dans une société démocratique ». Elle note également que les requérants le concèdent, mais estiment que l'ampleur de cette marge doit être relativisée en l'espèce.

76. La Cour fait la même analyse que les requérants.

77. Elle rappelle que l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, par exemple, *Wagner et J.M.W.L. et Negrepontis-Giannisis*, précités, § 128 et § 69 respectivement). Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. De l'autre côté, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte (voir en particulier, *S.H.* précité, § 94).

78. La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. Il ressort en effet de la recherche de droit comparé à laquelle elle a procédé que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze des trente-cinq États membres du Conseil de l'Europe – autres que la France – étudiés ; dans dix, soit elle est interdite en vertu de dispositions générales ou non tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine ; elle est en revanche expressément autorisée dans sept et semble tolérée dans quatre. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible d'obtenir la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants issus d'une gestation pour autrui légalement pratiquée à l'étranger. Cela semble également possible dans onze autres de ces États (dont un dans lequel cette possibilité ne vaut peut-être que pour le lien de filiation paternel lorsque le père d'intention est le père biologique), mais exclu dans les onze restants (sauf peut-être la possibilité dans l'un d'eux d'obtenir la reconnaissance du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique) (paragraphe 40-42 ci-dessus).

79. Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une

ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention.

80. Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce.

81. Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution (voir, *mutatis mutandis*, *S.H. et autres*, précité, § 97). Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, parmi de nombreux autres, *Wagner et J.M.W.L.*, précité, §§ 133-134, et *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, §§ 76 et 95, 22 janvier 2008).

82. En l'espèce, la Cour de cassation a jugé que l'ordre public international français faisait obstacle à la transcription sur les registres français d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère comportant des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français. Elle a ensuite souligné qu'en droit français, les conventions de gestation pour autrui étaient nulles d'une nullité d'ordre public, et qu'il était contraire au « principe essentiel du droit français » de l'indisponibilité de l'état des personnes de leur faire produire effet au regard de la filiation. Elle en a déduit qu'en ce qu'il donnait effet à une convention de gestation pour autrui, le jugement rendu en la cause des requérants par la Cour suprême de Californie était contraire à la conception française de l'ordre public international, et qu'établis en application de ce jugement, les actes de naissance américains des troisième et quatrième requérantes ne pouvaient être transcrits sur les registres d'état civil français (paragraphe 27 ci-dessus).

83. L'impossibilité pour les requérants de voir reconnaître en droit français le lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux est donc, selon la Cour de cassation, un effet du choix d'éthique du législateur français d'interdire la gestation pour autrui. Le Gouvernement souligne à cet égard que le juge interne a dûment tiré les conséquences de ce choix en refusant la transcription des actes de l'état civil étranger des enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée en-dehors de la France. Selon lui, le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit contourné et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction.

84. La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale.

85. Elle note à cet égard, que la Cour de cassation a jugé que l'impossibilité de transcrire les actes de naissance américains des troisième et quatrième requérantes sur les registres d'état civil français ne portait atteinte ni à leur droit au respect de leur vie privée et familiale ni à leur intérêt supérieur en tant qu'enfant, dès lors que cela ne les privait pas de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît et ne les empêchait pas de vivre en France avec les premiers requérants (paragraphe 27 ci-dessus).

86. La Cour estime qu'il faut en l'espèce distinguer le droit des requérants au respect de leur vie familiale, d'une part, et le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée, d'autre part.

β. Sur le droit des requérants au respect de leur vie familiale

87. S'agissant du premier point, la Cour considère que le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux affecte nécessairement leur vie familiale. Elle note à ce titre que, comme le soulignent les requérants, la cour d'appel de Paris a reconnu en l'espèce que la situation ainsi créée engendrait des « difficultés concrètes » (paragraphe 24 ci-dessus). Elle relève en outre que, dans son rapport de 2009 sur la révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État a souligné que, « dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie » (paragraphe 68 ci-dessus).

88. Ainsi, ne disposant pas d'actes d'état civil français ou de livrets de famille français, les requérants se voient contraints de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation, et se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l'incompréhension, des personnes auxquelles ils s'adressent. Ils évoquent à cet égard des difficultés lorsqu'il s'est agi d'inscrire les troisième et quatrième d'entre eux à la sécurité sociale, à la cantine scolaire ou à un centre aéré et de déposer des demandes d'aides financières auprès de la caisse d'allocations familiales.

89. Par ailleurs, le fait qu'en droit français, les deux enfants n'ont de lien de filiation ni avec le premier requérant ni avec la deuxième requérante, a pour conséquence, du moins à ce jour, qu'elles ne se sont pas vues reconnaître la nationalité française. Cette circonstance est de nature à compliquer les déplacements de la famille et à susciter des inquiétudes – fussent-elles infondées, comme l'affirme le Gouvernement – quant au droit de séjour des troisième et quatrième requérantes en France après leur majorité et donc quant à la stabilité de la cellule familiale. Le Gouvernement soutient qu'eu égard notamment à la circulaire de la garde de Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013 (paragraphe 36 ci-dessus), les troisième et quatrième requérantes peuvent obtenir un certificat de nationalité française sur le fondement de l'article 18 du code civil, qui dispose qu'« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français », en produisant leurs actes de naissance américains.

90. La Cour note cependant que des interrogations subsistent quant à cette possibilité.

En premier lieu, elle observe qu'aux termes mêmes du texte ainsi invoqué, la nationalité française est attribuée à raison de celle de l'un ou l'autre parent. Or elle constate que la détermination juridique des parents est précisément au cœur de la requête qui lui est soumise. Ainsi, à la lecture des observations des requérants et des réponses du Gouvernement, il apparaît que les règles de droit international privé rendent en l'espèce particulièrement complexe, voire aléatoire, le recours à l'article 18 du code civil pour établir la nationalité française des troisième et quatrième requérantes.

En second lieu, la Cour note que le Gouvernement tire argument de l'article 47 du code civil. Ce texte précise que les actes d'état civil établis à l'étranger et rédigés dans les formes utilisées dans les pays concernés font foi « sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Se pose donc la question de savoir si un tel cas d'exclusion est constitué lorsque, comme en l'espèce, il a été constaté que les enfants concernés sont issus d'une gestation pour autrui obtenue à l'étranger, ce que la Cour de cassation analyse en une fraude à la loi. Or, bien qu'invité par le Président à répondre à cette question et à préciser s'il existait un risque qu'un certificat de nationalité ainsi établi soit ensuite contesté et annulé ou retiré, le Gouvernement n'a fourni aucune indication. Du reste, la demande déposée à cette fin le 16 avril 2013 au greffe du tribunal d'instance de Paris par le premier requérant était toujours sans effet onze mois plus tard : le greffier en chef a indiqué le 31 octobre 2013 puis le 13 mars 2014 qu'elle était « en cours », « en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles » (paragraphe 28 ci-dessus).

91. À cela s'ajoutent des inquiétudes fort compréhensibles quant au maintien de la vie familiale entre la deuxième requérante et les troisième et quatrième requérantes en cas de décès du premier requérant ou de séparation du couple.

92. Cependant, quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux (voir, *mutatis mutandis*, *X, Y et Z*, précité, § 48). Or elle note que les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, elle constate qu'ils ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français (voir, *mutatis mutandis*, *Chavdarov c. Bulgarie*, n° 3465/03, § 49-50 et 56, 21 décembre 2010).

93. La Cour observe en outre que pour rejeter les moyens que les requérants développaient sur le terrain de la Convention, la Cour de cassation a souligné que l'annulation de la transcription sur les registres français des actes de naissance des troisième et quatrième requérantes ne les empêchait pas de vivre avec les premiers requérants en France (paragraphe 27 ci-dessus). La Cour en déduit qu'en l'espèce, conformément à ce qu'elle avait jugé important dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* (arrêt précité, § 135), les juges français ne se sont pas dispensés d'un examen concret de la situation, puisque, par cette formule, ils ont estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention

94. Ainsi, au vu, d'une part, des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers requérants et les troisième et quatrième d'entre eux sur leur vie familiale, et, d'autre part, de la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur, la Cour estime que la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale.

95. Il reste à déterminer s'il en va de même s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée.

γ. Sur le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée

96. Comme la Cour l'a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation (paragraphe 46 ci-dessus) ; un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation (paragraphe 80 ci-dessus). Or, en l'état du droit positif, les troisième et quatrième requérantes se trouvent à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit californien, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française.

97. Par ailleurs, même si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes (*Genovese c. Malte*, n° 53124/09, § 33, 11 octobre 2011). Or, comme la Cour l'a relevé précédemment, bien que leur père biologique soit français, les troisième et quatrième requérantes sont confrontées à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du code civil (paragraphe 29 ci-dessus). Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité.

98. La Cour constate en outre que le fait pour les troisième et quatrième requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu'il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d'État a souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers (paragraphe 37 ci-dessus), c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés.

99. Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 62 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien

de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

100. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

101. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu.

### *3. Conclusion générale*

102. Il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale. Il y a en revanche eu violation de cette disposition s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

103. Les requérants se plaignent de ce qu'en raison de l'impossibilité d'obtenir en France la reconnaissance de leur lien de filiation, les troisième

et quatrième d'entre eux subissent, dans l'exercice de leur droit au respect de leur vie familiale, une situation juridique discriminatoire par rapport, d'une part, aux autres enfants issus d'une assistance médicale à la procréation impliquant un don d'ovocyte et dont le père biologique est connu, et, d'autre part, aux enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui dont l'acte de naissance a été transcrit par l'officier d'état civil. Ils invoquent, combiné avec l'article 8 précité, l'article 14 de la Convention, lequel est ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

### **A. Sur la recevabilité**

104. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

### **B. Sur le fond**

105. Les requérants rappellent que dans l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* (n° 69498/01, CEDH 2004-VIII), la Cour a retenu qu'un enfant adopté est dans la même position juridique que s'il avait été l'enfant biologique de ses parents, et souligné que cela illustre le principe primordial de l'égalité des filiations qui veut qu'aucune différence de droits ou de devoirs ne résulte des circonstances de la naissance. Ils ajoutent que la Cour a jugé similairement dans l'affaire *Mazurek c. France* (n° 34406/97, CEDH 2000-II) que la différence de traitement entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels quant à la succession de leur auteur était d'autant moins justifiée que « l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables », et a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention. Ils indiquent qu'elle est parvenue à la même conclusion dans l'affaire *Wagner* précitée, retenant que l'adoptée et l'adoptante se trouvaient respectivement dans la même situation que n'importe quel autre enfant péruvien bénéficiant d'un jugement d'adoption plénière entraînant la rupture des liens avec sa famille d'origine et dont l'adoptant demandait l'exéquatur au Luxembourg, et dans une situation comparable à celle de toute autre personne sollicitant la reconnaissance au Luxembourg d'un jugement d'adoption plénière rendu en sa faveur au Pérou. Soulignant là aussi que l'enfant adopté ne doit pas se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables, la Cour a déduit une discrimination

du fait qu'en l'absence d'exéquatur, l'enfant adopté n'avait pas acquis la nationalité luxembourgeoise et ne bénéficiait donc pas de la préférence communautaire, était susceptible de rencontrer des difficultés pour suivre un apprentissage professionnel au Luxembourg, et devait obtenir régulièrement des autorisations de séjour et demander des visas pour se rendre dans certains pays européens.

106. Les requérants invitent la Cour à suivre ce raisonnement en leur cause. Ils indiquent que les troisième et quatrième d'entre eux sont dans la même situation que n'importe quel enfant issu d'une assistance médicale à la procréation impliquant un don d'ovocyte et dont le père biologique est connu, et que n'importe quel enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui dont l'acte de naissance a été transcrit par l'officier d'état civil. Ils ajoutent qu'elles sont confrontées aux mêmes difficultés quotidiennes que l'enfant adopté par M<sup>me</sup> Wagner et subissent comme lui une situation juridique discriminatoire : elles sont dans l'impossibilité d'obtenir la nationalité française ; elles n'auront pas le droit de vote à leur majorité ; elles ne pourront pas légalement hériter des premiers requérants ; la deuxième requérante n'a aucun droit d'autorité parentale sur elles. Ils estiment que l'« infériorité juridique » dans laquelle elles se trouvent par rapport aux enfants dont la situation filiale valablement acquise à l'étranger a été reconnue n'est justifiée par aucune raison objective et raisonnable, au vu du principe susmentionné de l'effet atténué de l'ordre public, du fait que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes est aujourd'hui assorti de nombreuses exceptions et du fait que le principe *mater semper certa est, pater est quem nuptiale demonstrant* est battu en brèche en droit positif.

107. Le Gouvernement soutient à titre principal qu'en l'absence de violation de l'article 8 de la Convention, il y a lieu d'« écarter l'examen du grief » tiré d'une violation de l'article 14 combiné avec cette disposition. À titre subsidiaire, il plaide que la gestation pour autrui à laquelle les premiers requérants ont eu recours à l'étranger en raison de son interdiction en France n'est pas comparable aux modes de procréation assistée réglementés sur le territoire national (il renvoie aux articles L. 2141-1 et suivants du code de la santé publique), dont les effets en matière d'état civil sont minutieusement prévus par la loi (il renvoie à l'article 211-20 du code civil). Il souligne à cet égard qu'à la différence de la gestation pour autrui, la procréation médicalement assistée réalisées à partir de dons de gamètes ne porte pas atteinte au principe d'indisponibilité du corps humain. Il s'agirait d'une cession d'éléments ou de produits de corps humains dans le cadre strict d'une procédure reposant sur les principes de gratuité et d'anonymat qui, contrairement à la gestation pour autrui, implique une distance importante entre la personne et les parties du corps humain en cause. Il en déduit que les troisième et quatrième requérantes ne sont pas dans une situation comparable à celle des enfants issus d'une procréation médicalement assistée. Il ajoute que les discriminations alléguées ne sont en tout état de

cause pas établies, qu'il s'agisse des questions de nationalité, de droit de vote, d'exercice de l'autorité parentale ou de succession.

108. Eu égard à sa conclusion selon laquelle il y a eu violation de l'article 8 considéré isolément dans le chef des troisième et quatrième requérantes (paragraphe 101 ci-dessus), la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner le grief tiré d'une violation à leur égard de l'article 14 combiné avec cette disposition.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

109. Les requérants dénoncent le caractère inéquitable de la procédure à l'issue de laquelle les juridictions françaises ont refusé de reconnaître les effets du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000. Ils soulignent, premièrement, le caractère disproportionné de ce refus, deuxièmement, le fait qu'il ne repose sur aucune justification raisonnable, et, troisièmement, la circonstance que le Procureur a agi de manière déloyale en faisant procéder à la retranscription des actes de naissance dans le but d'en requérir ensuite l'annulation. Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention, aux termes duquel :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...), qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

110. Il ressort toutefois du dossier que les requérants n'ont pas invoqué l'article 6 § 1 devant la Cour de cassation et qu'ils ne peuvent prétendre l'avoir saisie en substance du grief qu'ils tirent de cette disposition s'agissant des deux premières branches de celui-ci. Cette partie de la requête est donc en tout état de cause irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

Quant à la troisième branche du grief, à supposer qu'il puisse être considéré que la Cour de cassation en a été saisie en substance dans le cadre du pourvoi contre l'arrêt d'appel du 25 octobre 2007, la Cour estime que la circonstance dénoncée n'est pas de nature à affecter l'équité de la procédure, les requérants ayant au demeurant eu la possibilité de faire valoir leur droit dans des conditions répondant aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention. Cette partie de la requête est donc en tout état de cause manifestement mal fondée et irrecevable, et doit donc être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

#### IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION

111. Les requérants se plaignent d'une violation du droit de fonder une famille, élément du droit au mariage, résultant du refus des autorités de reconnaître le lien de filiation entre les deux premiers d'entre eux et les troisième et quatrième d'entre eux. Ils invoquant l'article 12 de la Convention, aux termes duquel :

« A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

112. La Cour constate que les requérants n'ont pas préalablement saisi les juridictions internes de ce grief, de sorte que cette partie de la requête est en tout état de cause irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes. Elle la rejette donc en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

#### V. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

113. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

##### **A. Dommage**

114. Les requérants réclament 10 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral qu'ils auraient subi. Par ailleurs, soulignant que le refus de transcription a obligé les premiers d'entre eux à faire établir une traduction officielle du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000, ils demandent 2 500 EUR pour préjudice matériel. Ils produisent à cet égard une facture de 500 francs (environ 76 EUR) datée du 30 novembre 2000, correspondant à une « assermentation de la traduction de l'anglais en français de deux extraits d'acte de naissance (en 5 exemplaires) » ainsi qu'une facture de 233 EUR datée du 30 avril 2004, relative à une « traduction assermentée d'un document de l'anglais vers le français ».

115. Le Gouvernement estime qu'un constat de violation constituerait une réparation suffisante du préjudice moral. Il considère par ailleurs que les requérants n'ont pas établi un lien de causalité entre le préjudice matériel qu'ils invoquent et la violation alléguée de la Convention, observant en outre que le montant totale des factures produites s'élève à 309 EUR seulement.

116. La Cour note que, du fait de la non reconnaissance en droit français de la filiation établie en Californie, les requérants se trouvent dans la

nécessité de produire une traduction officielle du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000, réalisée à leurs frais, à l'occasion de divers événements liés à leur vie familiale. Elle rappelle toutefois qu'elle n'a pas conclu à la violation du droit au respect de la vie familiale des requérants, mais uniquement à la violation du droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième d'entre eux. Elle en déduit qu'il n'y a pas de lien de causalité entre la violation de la Convention qu'elle a constatée et les frais de traduction dont les requérants réclament le remboursement au titre du dommage matériel. Elle rejette donc ce volet de leur demande. Elle considère en revanche qu'il y a lieu d'octroyer à chacune des troisième et quatrième requérantes 5 000 EUR au titre du préjudice moral.

## **B. Frais et dépens**

117. Les requérants demandent 75 510 EUR pour les frais engagés devant les juridictions internes, soit 12 830 EUR pour la procédure pénale et 62 680 EUR pour la procédure civile. Ils produisent les documents suivants : une facture d'honoraires de 1 458,63 EUR, datée du 21 juin 2002 ; une facture d'honoraires de 91,47 EUR, datée du 13 septembre 2002 ; des factures pour « consultation » juridique de 3 000 EUR et 3 588 EUR, datées des 2 novembre 2002 et 29 septembre 2004 ; une facture d'honoraires de 1 093,97 EUR, datée du 12 décembre 2002 ; une note d'honoraires de 1 110,32 EUR, datée du 26 septembre 2003 ; une « demande d'honoraires - provision » de 2 392 EUR, datée du 1<sup>er</sup> octobre 2003 ; une note d'honoraires de 1 500 EUR, datée du 22 décembre 2003 ; une note d'honoraires de 10 162,71 EUR, datée du 22 janvier 2004 ; une note d'honoraires de 2 738,84 EUR, datée du 4 août 2004 ; une note d'honoraires de 2 392 EUR, datée du 15 janvier 2005 ; une note d'honoraires de 9 568 EUR, datée du 14 octobre 2005 ; une demande de provision pour un montant de 3 588 EUR émanant d'un avocat, datée du 13 mars 2008 ; une facture d'honoraires de 211,30 EUR, datée 22 avril 2008 ; une note d'honoraires de 1 196 EUR, datée du 31 décembre 2009 ; une note d'honoraires de 1 196 EUR, datée du 21 avril 2010 ; une note d'honoraires de 1 196 EUR, datée du 10 février 2011. Ils produisent également une facture émanant d'un avocat américain datée du 16 janvier 2004, d'un montant de 1 262,05 USD, ainsi qu'une facture de 530,64 EUR datée du 19 novembre 2003 émise par l'ordre des avocats à la cour de Paris, sans préciser à quoi elles correspondent.

Ils réclament en outre 7 176 EUR pour leurs frais devant la Cour, produisant à cet égard une demande de provision émanant de leur conseil, datée du 10 septembre 2011.

118. Le Gouvernement ne conteste pas le montant réclamé par les requérants au titre de leurs frais devant la Cour. S'agissant des frais relatifs aux procédures internes, il estime que ceux engagés dans le cadre de la

procédure pénale sont sans lien avec le redressement de la violation alléguée. Pour le reste, il observe que les requérants demandent 62 680 EUR alors que le total brut des factures présentées s'élève à 54 750 EUR et 1 262 USD. Il constate que certaines des factures que les requérants rattachent à la procédure civile concernent en réalité la procédure pénale. Il note ensuite que d'autres sont adressées à des tiers et qu'il n'est pas établi que les requérants aient payés les sommes qu'elles mentionnent, ou sont à ce point dépourvues de précisions qu'il est impossible de les rattacher à une procédure. Il relève en outre qu'il y a parmi les documents produits deux factures intermédiaires et une facture globale qui reprend les montants qu'elles indiquent, de sorte que les premières doivent être écartées. Selon lui, seules les factures des 10 janvier 2004 et 13 avril 2008, de 560 EUR et 3 588 EUR respectivement, peuvent être retenues. Ajoutant à cette somme les 7 176 EUR relatifs à la procédure devant la Cour, il propose de retenir 11 324 EUR au total.

119. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour juge raisonnable la somme de 15 000 EUR tous frais confondus. Elle l'accorde donc aux requérants.

### **C. Intérêts moratoires**

120. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

### **PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,**

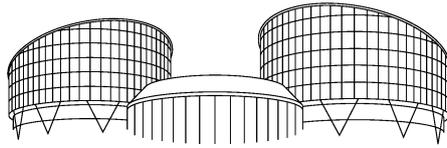
1. *Déclare* la requête recevable quant aux griefs tirés de l'article 8 pris isolément ainsi que combiné avec l'article 14 de la Convention et irrecevable pour le surplus ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée ;

4. *Dit* qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ;
5. *Dit*
  - a) que l'État défendeur doit verser dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
    - i) à chacune des troisième et quatrième requérantes, 5 000 EUR (cinq mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;
    - ii) aux requérants, 15 000 EUR (quinze mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour frais et dépens ;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 26 juin 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek  
Greffière

Mark Villiger  
Président



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DEUXIÈME SECTION

**AFFAIRE PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE**

*(Requête n° 25358/12)*

ARRÊT

STRASBOURG

27 janvier 2015

**Renvoi devant la Grande Chambre**

**01/06/2015**

*Cet arrêt deviendra définitif dans les conditions définies à l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.*



**En l'affaire Paradiso et Campanelli c. Italie,**

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de :

Işıl Karakaş, *présidente*,  
Guido Raimondi,  
András Sajó,  
Nebojša Vučinić,  
Helen Keller,  
Egidijus Kūris,  
Robert Spano, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 9 décembre 2014,  
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 25358/12) dirigée contre la République italienne et dont deux ressortissants de cet État, Mme Donatina Paradiso et M. Giovanni Campanelli (« les requérants »), ont saisi la Cour le 27 avril 2012 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Les requérants ont introduit la requête également au nom de l'enfant qui, d'après le certificat de naissance délivré par les autorités russes le 1<sup>er</sup> mars 2011, serait leur fils, né le 27 février 2011, et s'appellerait Teodoro Campanelli.

2. Les requérants ont été représentés par M<sup>e</sup> K. Svitnev, avocat à Moscou, travaillant pour la société Rosjurconsulting. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, Mme E. Spatafora.

3. Les requérants allèguent en particulier que le refus de transcrire le certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil italien et l'éloignement du mineur sont incompatibles avec l'article 8 de la Convention.

4. Le 9 mai 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement. Le gouvernement défendeur et les requérants ont déposé leurs observations. Le 20 février 2014, une question complémentaire a été posée aux parties sur le point de savoir s'il existait un remède efficace pour contester la décision de la cour d'appel de Campobasso du 13 avril 2013 ayant confirmé le refus de transcrire le certificat de naissance, et pour contester la décision du tribunal pour mineurs de Campobasso du 5 juin 2013, ayant déclaré que les requérants n'avaient plus la qualité pour agir. Le Gouvernement a été invité

à déposer la jurisprudence pertinente relative à l'efficacité des remèdes dont il pourrait alléguer l'existence.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les requérants sont nés respectivement en 1967 et 1955 et résident à Colletorto.

6. Les requérants sont un couple marié. Dans le formulaire de requête, ils ont exposé qu'après avoir vainement fait des tentatives de fécondation *in vitro*, ils décidèrent de recourir à la gestation pour autrui pour devenir parents. Ils contactèrent à cette fin une clinique basée à Moscou, spécialisée dans les techniques de reproduction assistée. Ils conclurent une convention de gestation pour autrui avec la société Rosjurconsulting. Après une fécondation *in vitro* réussie le 19 mai 2010, deux embryons « leur appartenant » furent implantés dans l'utérus d'une mère porteuse le 19 juin 2010. Il n'y avait pas de lien génétique entre cette dernière et les embryons.

7. Le bébé naquit le 27 février 2011. La mère porteuse donna son consentement écrit pour que l'enfant soit enregistré comme fils des requérants. Sa déclaration écrite datée du même jour, lue à haute voix à l'hôpital en présence de son médecin, du médecin chef et du chef de division (de l'hôpital) se lit ainsi (traduction française de la version originale russe) :

« Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon à la clinique maternité (...) de Moscou. Les parents de l'enfant sont un couple marié d'italiens, Giovanni Campanelli, né le (...) et Donatina Paradiso née le (...), qui ont déclaré par écrit vouloir implanter leurs embryons dans mon utérus.

Sur la base de ce qui précède et conformément à l'alinéa 5 du paragraphe 16 de la loi fédérale sur l'état civil et à l'alinéa 4 du paragraphe 51 du code de la famille je donne mon consentement pour l'inscription dans l'acte et dans le certificat de naissance du couple ci-dessus comme parents de l'enfant que j'ai accouché. (...) »

Cette déclaration, dans sa traduction italienne annexée à l'original, se lit ainsi (version française) :

« Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon à la clinique maternité (...) de Moscou. Les parents génétiques de l'enfant sont un couple marié d'italiens, Giovanni Campanelli, né le (...) et Donatina Paradiso née le (...), qui ont déclaré par écrit vouloir implanter leurs embryons dans mon utérus.

Sur la base de ce qui précède et conformément à l'alinéa 5 du paragraphe 16 de la loi fédérale sur l'état civil et à l'alinéa 4 du paragraphe 51 du code de la famille je donne mon consentement pour l'inscription dans l'acte et dans le certificat de naissance du couple ci-dessus comme parents de l'enfant que j'ai accouché. (...)»

8. Le 10 mars 2011, conformément au droit russe, les requérants furent enregistrés comme parents du nouveau-né. Le certificat de naissance russe, ne mentionnant pas la gestation pour autrui, fut apostillé selon les dispositions de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (*infra* « la Convention de la Haye ») supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers.

9. Le 29 avril 2011, la requérante se rendit au Consulat d'Italie à Moscou pour obtenir les documents permettant au nouveau-né de partir en Italie avec elle. La requérante répondit à des questions et déposa le dossier relatif à la naissance de l'enfant. Le Consulat d'Italie délivra les documents permettant à ce dernier de partir en Italie avec la requérante.

10. Le 30 avril 2011, la requérante et l'enfant arrivèrent en Italie. Quelques jours plus tard, le requérant demanda à la municipalité de Colletorto l'enregistrement du certificat de naissance.

11. Par une note du 2 mai 2011 - qui n'est pas versée au dossier - le Consulat d'Italie à Moscou communiqua au tribunal des mineurs de Campobasso, au ministère des Affaires étrangères, à la préfecture et à la ville de Colletorto, que le dossier relatif à la naissance de l'enfant contenait des données fausses.

12. Le 5 mai 2011, les requérants furent mis en examen pour « altération d'état civil » au sens de l'article 567 du code pénal, pour faux au sens des articles 489 et 479 du code pénal ; en outre, pour infraction à l'article 72 de la loi sur l'adoption (loi n° 183/1984), car ils avaient amené l'enfant sans respecter la loi et avaient contourné les limites posées dans l'agrément à l'adoption obtenu le 7 décembre 2006, qui excluait qu'ils puissent adopter un enfant en si bas âge.

13. Le 5 mai 2011, le ministère public près le tribunal pour mineurs de Campobasso demanda l'ouverture d'une procédure d'adoptabilité, car l'enfant devait être considéré comme étant dans un état d'abandon au sens de la loi. Le même jour, le tribunal pour mineurs nomma un curateur spécial au sens de l'article 8 de la loi n° 184/1983 et ouvrit une procédure d'adoptabilité. Le 16 mai 2011, le procureur de la République sollicita la mise sous curatelle de l'enfant au sens des articles 8 et 10 de la loi n° 184/83. Le tribunal nomma un curateur. Il ressort du dossier que les requérants s'opposaient aux mesures concernant l'enfant et avaient demandé à pouvoir adopter le mineur.

14. Le 25 mai 2011, la requérante, assistée par son avocat de confiance, fut interrogée par les carabinieri de Larino. L'intéressée déclara qu'elle s'était rendue en Russie seule, en septembre 2008, avec le liquide séminal de son mari précédemment recueilli. Elle avait souscrit un contrat avec la société Rosjurconsulting, qui s'était engagée à trouver une mère porteuse disposée à accueillir dans son utérus le matériel génétique de la requérante et de son époux, par le biais de la clinique Vitanova de Moscou. Cette pratique était parfaitement légale en Russie et permettait d'obtenir un

certificat de naissance indiquant les identités des requérants comme parents. En juin/juillet 2010, la requérante avait été contactée par la société russe au motif qu'une mère porteuse avait été trouvée, et avait donné son accord pour l'intervention. Le 10 mars 2011, la requérante s'était rendue à Moscou. En avril 2011, munie d'un certificat de naissance délivré le 10 mars 2011 par les autorités russes, elle s'était rendue au Consulat d'Italie à Moscou pour obtenir les documents permettant à l'enfant de sortir de Russie et de se rendre en Italie. Le certificat de naissance indiquait les noms des requérants et leur qualité de parents.

15. Le 27 juin 2011, les requérants furent entendus par le tribunal pour mineurs. La requérante déclara qu'après huit tentatives infructueuses de fécondation *in vitro*, et qui avaient mis en danger sa santé, elle avait recouru à la clinique russe car, dans ce pays-là, il était possible d'utiliser les ovules d'une donatrice, qui étaient ensuite implantés dans le ventre de la mère porteuse.

16. Par ailleurs, le curateur de l'enfant demanda au tribunal de suspendre l'autorité parentale des requérants, au sens de l'article 10 § 3 de la loi n° 184/1983.

17. Le 7 juillet 2011, le tribunal ordonna de procéder à un test ADN pour établir si le requérant était le père biologique de l'enfant.

18. Le 11 juillet 2011, le ministre de l'intérieur demanda au bureau de l'état civil de refuser l'enregistrement de l'acte de naissance.

19. Le 1<sup>er</sup> août 2011, le requérant et l'enfant se soumièrent au test ADN. Le résultat de ce test montra qu'il n'y avait pas de lien génétique entre eux.

20. Le 4 août 2011, le bureau de l'état civil refusa l'enregistrement du certificat de naissance. Les requérants introduisirent un recours contre ce refus devant le tribunal de Larino. Le ministère public demanda à ce tribunal de donner une nouvelle identité à l'enfant et de délivrer un nouveau certificat de naissance.

21. Le tribunal de Larino s'étant déclaré incompétent le 29 septembre 2011, la procédure reprit devant la cour d'appel de Campobasso. Les requérants insistaient pour la transcription du certificat de naissance russe.

22. Le 20 octobre 2011, sur la base de l'expertise génétique et des conclusions des parties, y compris celles du curateur de l'enfant, le tribunal pour mineurs décida d'éloigner l'enfant des requérants. Cette décision était immédiatement exécutoire. À la base de sa décision, le tribunal prit en compte les éléments suivants : la requérante avait déclaré ne pas être la mère génétique ; les ovules provenaient d'une femme inconnue ; le test ADN effectué sur le requérant et sur l'enfant avait démontré qu'il n'y avait aucun lien génétique entre eux ; les requérants avaient payé une importante somme d'argent (49 000 euros (EUR)) ; contrairement à ses dires, rien ne prouvait que le matériel génétique du requérant ait été réellement transporté en Russie. La seule chose qui était sûre dans cette histoire était l'identité de

la mère porteuse, qui n'était pas la mère biologique et qui avait renoncé à l'enfant mis au monde. Les parents biologiques demeuraient inconnus. Ceci étant, on n'était pas dans un cas de maternité subrogée, car l'enfant n'avait aucun lien génétique avec les requérants. Ces derniers versaient dans l'illégalité : ils avaient amené un enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils. Ce faisant, ils avaient en premier lieu violé les dispositions sur l'adoption internationale (loi n° 184 du 4 mai 1983), qui en son article 72 prévoyait une infraction pénale, dont l'évaluation n'incombait toutefois pas au tribunal pour mineurs. En deuxième lieu, l'accord conclu par les requérants avec la société Rosjurconsulting était contraire à la loi sur la procréation médicalement assistée (loi n° 40 du 19 février 2004) qui interdisait en son article 4 la fécondation assistée hétérologue. Un terme devait être mis à cette situation illégale et la seule façon était d'éloigner l'enfant des requérants. Certes, l'enfant subirait un préjudice du fait de la séparation, mais, vu la courte période passée avec les requérants et son bas âge, l'enfant surmonterait tout ça. Les recherches pour trouver un couple d'adoptants seraient entamées immédiatement. En outre, vu que les requérants avaient préféré court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément qu'ils avaient obtenu, on pouvait penser que l'enfant résultait d'un désir narcissique du couple ou bien qu'il était destiné à résoudre des problèmes de couple. En conséquence le tribunal doutait de leur réelle capacité affective et éducative. L'enfant n'ayant ni une famille biologique ni sa mère porteuse, car elle avait renoncé à lui, le tribunal estima que la loi italienne sur l'adoption s'appliquait au cas d'espèce (au sens de l'article 37*bis* de la loi n° 184/1983), confia l'enfant aux services sociaux et nomma un tuteur pour sa défense.

23. L'enfant fut placé dans une maison d'accueil (*casa famiglia*) dans un endroit inconnu des requérants. Les contacts entre les requérants et l'enfant furent interdits.

24. Les requérants déposèrent un recours (*reclamo*) devant la cour d'appel de Campobasso. Ils arguaient, entre autres, que les juridictions italiennes ne pouvaient pas remettre en cause le certificat de naissance. Ils demandaient, par ailleurs, de ne pas adopter des mesures concernant l'enfant tant que la procédure pénale ouverte contre eux et la procédure engagée pour contester le refus de transcrire le certificat de naissance étaient pendantes.

25. Par une décision du 28 février 2012, la cour d'appel de Campobasso rejeta le recours. Il ressort en particulier de cette décision que l'article 33 de la loi n° 218/95 (loi sur le droit privé international) n'empêchait pas l'autorité judiciaire italienne de ne pas donner suite aux indications certifiées provenant d'un État étranger. Il n'y avait aucune incompétence, car l'article 37*bis* de la loi sur l'adoption internationale (loi n° 184/1983) prévoyait l'application de la loi italienne si le mineur étranger était en état d'abandon et tel était le cas en l'espèce. Il était par ailleurs inutile d'attendre

l'issue de la procédure pénale car la responsabilité pénale des requérants ne jouait aucun rôle. Il était au contraire nécessaire d'adopter une mesure urgente à l'égard de l'enfant pour mettre fin à la situation d'illégalité dans laquelle les intéressés versaient. Contre cette décision il n'était pas possible de former un recours en cassation.

26. Il ressort d'une note datée du 22 mai 2012, adressée par le tribunal pour mineurs au ministère de la Justice, que l'enfant n'avait pas encore été déclaré comme étant adoptable car la procédure portant sur la transcription du certificat de naissance de l'enfant était pendante devant la cour d'appel de Campobasso.

27. Entre-temps, le 30 octobre 2011, le procureur de la République près le tribunal de Larino avait ordonné la saisie conservatoire du certificat de naissance russe, au motif qu'il s'agissait d'une preuve essentielle. Il ressortait en effet du dossier que les requérants non seulement avaient vraisemblablement commis les faits reprochés, mais avaient tenté de les dissimuler. Ils avaient, entre autres, déclaré être les parents biologiques, et avaient corrigé leurs versions des faits au fur et à mesure qu'ils étaient démentis.

28. Les requérants attaquèrent la décision de saisie conservatoire.

29. Par une décision du 20 novembre 2012, le tribunal de Campobasso rejeta le recours des requérants. Il ressort de cette décision qu'il y avait de graves soupçons quant à la commission des infractions reprochées. En particulier, la requérante avait fait circuler la rumeur de sa grossesse ; elle s'était présentée au Consulat en laissant sous-entendre qu'elle était la mère naturelle ; ensuite, elle avait admis que l'enfant avait été mis au monde par une mère subrogée ; aux carabinieri, elle avait déclaré le 25 mai 2011 que le requérant était le père biologique alors que les tests ADN l'avaient démenti et donc elle avait fait de fausses déclarations ; elle avait été très vague quant à l'identité de la mère génétique ; les documents relatifs à la maternité subrogée disaient que les deux requérants avaient été vus par les médecins russes ce qui ne concordait pas avec le fait que le requérant n'avait pas été en Russie ; les documents concernant l'accouchement n'avaient pas une date avérée. La seule chose certaine était que l'enfant était né et qu'il avait été remis à la requérante contre le paiement de presque 50 000 EUR. L'hypothèse selon laquelle les requérants avaient eu une conduite illégale afin d'obtenir la transcription de la naissance et de contourner les lois italiennes paraissait donc fondée.

30. En novembre 2012, la décision concernant la saisie conservatoire fut transmise par le ministère public au tribunal pour mineurs, car elle avait les implications suivantes. Le chef d'accusation tiré de l'article 72 de la loi n° 184/1983 privait les requérants de la possibilité d'accueillir l'enfant en placement (*affido*) et d'adopter celui-ci ou d'autres mineurs. Il n'y avait donc pas d'autres solutions que de continuer la procédure d'adoption pour l'enfant. Le placement provisoire auprès d'une famille avait été demandé en

vertu des articles 8 et 10 de la loi n° 184/83. Le ministère public réitéra sa demande et souligna que l'enfant avait été éloigné plus d'un an auparavant et qu'il vivait depuis en maison d'accueil (*casa famiglia*), où il avait établi des relations significatives avec des personnes appelées à s'occuper de lui. L'enfant n'avait donc pas encore trouvé un environnement familial pouvant remplacer celui qui avait été illégalement offert par ceux qui l'avaient emmené en Italie. Cet enfant semblait destiné à une nouvelle séparation beaucoup plus douloureuse de celle de la mère qui l'avait mis au monde et puis de celle qui prétendait être sa mère.

31. Il ressort du dossier que le 26 janvier 2013, l'enfant fut placé auprès d'une famille d'accueil.

32. En mars 2013, à la demande du tuteur, une expertise visant à déterminer l'âge du mineur fut effectuée. Celle-ci établit que l'enfant était vraisemblablement âgé de 30 mois, et que trois mois d'écart en plus ou en moins étaient possibles.

33. Par ailleurs, début avril 2013, le tuteur demanda au tribunal pour mineurs d'attribuer une identité conventionnelle à l'enfant, afin que celui-ci puisse être inscrit sans difficulté à l'école. Il communiquait que l'enfant avait été placé dans une famille le 26 janvier 2013, mais qu'il était sans identité. Cette « inexistence » avait un fort impact sur les questions administratives : sous quelle identité inscrire l'enfant à l'école, dans son carnet de vaccinations, à son domicile. Il est vrai que cette situation répondait au but de ne pas permettre à la famille d'origine, c'est-à-dire aux requérants, de comprendre où était l'enfant afin de mieux le protéger. Toutefois, une identité temporaire conventionnelle aurait permis de maintenir le secret sur l'identité réelle de l'enfant et, en même temps, aurait permis à ce dernier d'accéder aux services publics alors qu'il lui était loisible seulement d'utiliser les services médicaux d'urgence.

34. Par une décision immédiatement exécutoire du 3 avril 2013, la cour d'appel de Campobasso se prononça au sujet du certificat de naissance, duquel il était question d'ordonner ou pas la transcription (au sens de l'article 95 du décret du Président de la République (« DPR ») n° 396/00). Elle rejeta l'exception soulevée par le tuteur selon laquelle les requérants n'avaient pas la qualité pour agir devant la cour ; elle reconnut en effet aux requérants la capacité d'ester en justice dans la mesure où ils résultaient être les « parents » dans l'acte de naissance qu'ils souhaitaient transcrire. Toutefois, il était évident que les requérants n'étaient pas les parents biologiques. Il n'y avait donc pas eu de gestation pour autrui, alors que les requérants dans leur mémoire avaient parlé de fécondation assistée hétérologue ; les parties s'accordaient pour dire que la loi russe présupposait un lien biologique entre l'enfant et au moins un des parents potentiels pour pouvoir parler de maternité de substitution. L'acte de naissance était donc faux (*ideologicamente falso*). Ensuite, étant donné que rien ne montrait que l'enfant avait la citoyenneté russe, l'argument des requérants tiré de

l'inapplicabilité de la loi italienne se heurtait à l'article 33 de la loi n° 218/95, selon lequel la filiation était déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. Il était en outre contraire à l'ordre public de transcrire le certificat litigieux car il était faux. Les requérants plaidaient leur bonne foi et alléguaient qu'ils n'arrivaient pas à s'expliquer pourquoi, à la clinique russe, le liquide séminal du requérant n'avait pas été utilisé ; toutefois ceci ne changeait rien à la situation et ne remédiait pas au fait que le requérant n'était pas le père biologique. En conclusion, il était légitime de refuser la transcription du certificat de naissance russe ainsi que d'accueillir la demande du ministère public d'établir un nouvel acte de naissance. Par conséquent la cour ordonna la délivrance d'un nouvel acte de naissance dans lequel il serait indiqué que l'enfant était fils de parents inconnus, né à Moscou le 27 février 2011, et un nouveau nom (déterminé au sens du DPR n° 396/00).

35. La procédure portant sur l'adoption de l'enfant reprit devant le tribunal pour mineurs. Les requérants confirmèrent leur opposition au placement de l'enfant auprès de tierces personnes. Le tuteur demanda de déclarer que les requérants n'avaient plus de *locus standi*. Le ministère public demanda au tribunal de ne pas se prononcer sur sa demande de déclarer l'enfant adoptable en utilisant le nom qu'il avait à l'origine, au motif qu'il avait entre-temps ouvert une deuxième procédure pour demander la déclaration d'adoptabilité pour l'enfant sous sa nouvelle identité d'enfant de parents inconnus. Le 5 juin 2013, compte tenu des éléments du dossier, le tribunal pour mineurs déclara que les requérants n'avaient plus la qualité pour agir dans la procédure d'adoption qu'ils avaient entamée, étant donné qu'ils n'étaient ni les parents ni les membres de la famille de l'enfant, au sens de l'article 10 de la loi n° 184/1983. Le tribunal déclara qu'il réglerait la question de l'adoption de l'enfant dans le cadre de l'autre procédure d'adoption, à laquelle le ministère public s'était référé.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. La loi sur le droit international privé

36. Aux termes de l'article 33 de la loi n° 218 de 1995 sur le droit international privé, la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance.

### B. La loi de simplification de l'état civil

37. Le décret du Président de la République du 3 novembre 2000, n° 396 (loi de simplification de l'état civil) prévoit que les déclarations de naissance relatives à des ressortissants italiens qui ont été faites à l'étranger

doivent être transmises aux autorités consulaires (article 15). Les autorités consulaires transmettent copie des actes aux fins de la transcription à l'état civil de la commune où l'intéressé entend établir sa résidence (article 17). Les actes formés à l'étranger ne peuvent être transcrits s'ils sont contraires à l'ordre public (article 18). Pour qu'elles déploient leurs effets en Italie, les décisions (*provvedimenti*) étrangères prononcées en matière de capacité des personnes ou d'existence de relations familiales (...) ne doivent pas être contraires à l'ordre public (article 65).

### **C. La loi sur la procréation médicalement assistée**

38. La loi n° 40 du 19 février 2004 prévoyait en son article 4 l'interdiction de recourir à la procréation hétérologue. Le non-respect de cette disposition entraînait une sanction pécuniaire allant de 300 000 EUR à 600 000 EUR.

Par un arrêt du 9 avril 2014, la Cour constitutionnelle a déclaré ces dispositions inconstitutionnelles.

### **D. Les dispositions pertinentes en matière d'adoption**

39. Les dispositions relatives à la procédure d'adoption sont consignées dans la loi n° 184/1983.

Selon l'article 2, le mineur qui est resté temporairement sans un environnement familial adéquat peut être confié à une autre famille, si possible comprenant des enfants mineurs, ou à une personne seule, ou à une communauté de type familial, afin de lui assurer la subsistance, l'éducation et l'instruction. Au cas où un placement familial adéquat ne serait pas possible, il est permis de placer le mineur dans un institut d'assistance public ou privé, de préférence dans la région de résidence du mineur.

L'article 5 prévoit que la famille ou la personne à laquelle le mineur est confié doivent lui assurer la subsistance, l'éducation et l'instruction (...) compte tenu des indications du tuteur et en observant les prescriptions de l'autorité judiciaire. Dans tous les cas, la famille d'accueil exerce la responsabilité parentale en ce qui concerne les rapports avec l'école et le service sanitaire national. La famille d'accueil doit être entendue dans la procédure de placement et celle concernant la déclaration d'adoptabilité.

Par ailleurs, l'article 7 prévoit que l'adoption est possible au bénéfice des mineurs déclarés adoptables.

L'article 8 prévoit que « peuvent être déclarés en état d'adoptabilité par le tribunal pour enfants, même d'office, (...) les mineurs en situation d'abandon car dépourvus de toute assistance morale ou matérielle de la part des parents ou de la famille tenus d'y pourvoir, sauf si le manque d'assistance est dû à une cause de force majeure de caractère transitoire ». « La situation d'abandon subsiste », poursuit l'article 8, « (...) même si les

mineurs se trouvent dans un institut d'assistance ou s'ils ont été placés auprès d'une famille ». Enfin, cette disposition prévoit que la cause de force majeure cesse si les parents ou d'autres membres de la famille du mineur tenus de s'en occuper refusent les mesures d'assistance publique et si ce refus est considéré par le juge comme injustifié. La situation d'abandon peut être signalée à l'autorité publique par tout particulier et peut être relevée d'office par le juge. D'autre part, tout fonctionnaire public, ainsi que la famille du mineur, qui ont connaissance de l'état d'abandon de ce dernier, sont obligés d'en faire la dénonciation. Par ailleurs, les instituts d'assistance doivent informer régulièrement l'autorité judiciaire de la situation des mineurs qu'ils accueillent (article 9).

L'article 10 prévoit ensuite que le tribunal peut ordonner, jusqu'au placement pré-adoptif du mineur dans la famille d'accueil, toute mesure temporaire dans l'intérêt du mineur, y compris, le cas échéant, la suspension de l'autorité parentale.

Les articles 11 à 14 prévoient une instruction visant à éclaircir la situation du mineur et à établir si ce dernier se trouve dans un état d'abandon. En particulier, l'article 11 dispose que lorsque, au cours de l'enquête, il ressort que l'enfant n'a de rapports avec aucun membre de sa famille jusqu'au quatrième degré, il peut déclarer l'état d'adoptabilité sauf s'il existe une demande d'adoption au sens de l'article 44.

À l'issue de la procédure prévue par ces derniers articles, si l'état d'abandon au sens de l'article 8 persiste, le tribunal des mineurs déclare le mineur adoptable si : a) les parents ou les autres membres de la famille ne se sont pas présentés au cours de la procédure ; b) leur audition a démontré la persistance du manque d'assistance morale et matérielle ainsi que l'incapacité des intéressés à y remédier ; c) les prescriptions imposées en application de l'article 12 n'ont pas été exécutées par la faute des parents (article 15). L'article 15 prévoit également que la déclaration d'état d'adoptabilité est prononcée par le tribunal des mineurs siégeant en chambre du conseil par décision motivée, après avoir entendu le ministère public, le représentant de l'institut auprès duquel le mineur a été placé ou de son éventuelle famille d'accueil, le tuteur et le mineur lui-même s'il est âgé de plus de douze ans ou, s'il est plus jeune, si son audition est nécessaire.

L'article 17 prévoit que l'opposition à la décision déclarant un mineur adoptable doit être déposée dans un délai de trente jours à partir de la date de la communication à la partie requérante.

L'article 19 prévoit que pendant l'état d'adoptabilité, l'exercice de l'autorité parentale est suspendu.

L'article 20 prévoit enfin que l'état d'adoptabilité cesse au moment où le mineur est adopté ou si ce dernier devient majeur. Par ailleurs, l'état d'adoptabilité peut être révoqué, d'office ou sur demande des parents ou du ministère public, si les conditions prévues par l'article 8 ont entre-temps disparu. Cependant, si le mineur a été placé dans une famille en vue de

l'adoption (*affidamento preadottivo*) au sens des articles 22 à 24, l'état d'adoptabilité ne peut pas être révoqué.

L'article 44 prévoit certains cas d'adoption spéciale : l'adoption est possible au bénéfice des mineurs qui n'ont pas encore été déclarés adoptables. En particulier, l'article 44 d) prévoit l'adoption quand il est impossible de procéder à un placement en vue de l'adoption.

40. L'article 37*bis* de cette loi prévoit que la loi italienne s'applique aux mineurs étrangers qui sont en Italie pour ce qui est de l'adoption, du placement et des mesures urgentes.

Au sens de l'article 72 de la loi sur l'adoption internationale, celui qui introduit sur le territoire de l'État un mineur étranger en violation des dispositions prévues par ladite loi, afin de se procurer de l'argent ou d'autres bénéfices, et afin que le mineur soit confié définitivement à des citoyens italiens, commet une infraction pénale punie d'une peine d'emprisonnement de un à trois ans. Cette peine s'applique également à ceux qui, en échange d'argent ou d'autres bénéfices, accueillent des mineurs étrangers en « placement » de manière définitive. La condamnation pour cette infraction entraîne l'incapacité d'accueillir des enfants en placement (*affidi*) et l'incapacité de devenir tuteur.

#### **E. Le recours en cassation aux termes de l'article 111 de la Constitution**

41. Aux termes de l'article 111 alinéa 7 de la Constitution, il est toujours possible de se pourvoir en cassation pour alléguer la violation de la loi s'agissant de décisions judiciaires portant sur les restrictions à la liberté personnelle. La Cour de cassation a élargi le domaine d'application de ce remède aux procédures civiles lorsque la décision à contester a un impact substantiel sur des situations (*decisoria*) et elle ne peut pas être modifiée ou révoquée par le même juge qui l'a prononcée (*definitiva*).

Les décisions concernant des mesures urgentes à l'égard d'un mineur en état d'abandon prises par décision du tribunal pour mineurs sur la base de l'article 10 de la loi sur l'adoption (articles 330 et suivants du code civil, 742 du code de procédure civile) sont modifiables et révocables. Elles peuvent faire l'objet d'une réclamation devant la cour d'appel. S'agissant de décisions pouvant être modifiées et révoquées en tout temps, elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en cassation (Cassation civile, Sec. I, arrêt du 18.10.2012, n° 17916)

### III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS

#### **A. La Convention de la Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers**

42. La Convention de la Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers a été conclue le 5 octobre 1961. Elle s'applique aux actes publics - tels que définis à l'article 1 - qui ont été établis sur le territoire d'un État contractant et qui doivent être produits sur le territoire d'un autre État contractant.

##### **Article 2**

« Chacun des États contractants dispense de légalisation les actes auxquels s'applique la présente Convention et qui doivent être produits sur son territoire. La légalisation au sens de la présente Convention ne recouvre que la formalité par laquelle les agents diplomatiques ou consulaires du pays sur lequel le territoire duquel l'acte doit être produit atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. »

##### **Article 3**

« La seule formalité qui puisse être exigée pour attester la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu, est l'apposition de l'apostille définie à l'article 4, délivrée par l'autorité compétente de l'État d'où émane le document. »

##### **Article 5**

« L'apostille est délivrée à la requête du signataire ou de tout porteur de l'acte. Dûment remplie, elle atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. La signature, le sceau ou timbre qui figurent sur l'apostille sont dispensés de toute attestation ».

Il ressort du rapport explicatif de ladite Convention que l'apostille n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu'ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé.

#### **B. Les dispositions pertinentes de droit russe**

43. La loi fondamentale sur la protection de la santé des citoyens prévoit à son article 55 la maternité subrogée parmi les techniques de reproduction assistée. Peuvent accéder à ce type de techniques les couples mariés et non mariés, ainsi que les célibataires. La maternité subrogée est le fait de porter et remettre un enfant sur la base d'un contrat conclu par la mère porteuse et

les parents « potentiels ». La mère porteuse doit être âgée d'au moins 20 ans et au maximum de 35 ans, avoir déjà eu un enfant en bonne santé et avoir donné son consentement écrit à l'intervention. Cette dernière ne peut se faire que dans les cliniques autorisées. Le décret du ministère de la Santé n° 67 de 2003 règle les modalités et les conditions.

Si les dispositions pertinentes ont été respectées, le résultat de la maternité subrogée est qu'un couple marié est reconnu comme couple de parents d'un enfant né d'une mère porteuse. Cette dernière doit donner son consentement écrit pour que le couple soit reconnu comme parents (article 51 § 4 du code de la famille du 29 décembre 1995).

### **C. Les principes adoptés par le comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales du Conseil de l'Europe**

44. Le comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe (CAHBI), prédécesseur du comité directeur de bioéthique, a publié en 1989 une série de principes dont le quinzième, relatif aux « mères de substitution », est ainsi libellé :

« 1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.

2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.

3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.

4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition :

- a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et
- b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant. »

## **EN DROIT**

### **I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES AU NOM DE L'ENFANT**

45. Les requérants se plaignent au nom de l'enfant de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et des mesures d'éloignement et placement adoptées par les juridictions italiennes. Ils allèguent la violation des articles 6, 8 et 14 de la Convention, de la

Convention de la Haye ainsi que de la Convention sur la protection des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

46. Selon le Gouvernement, les requérants ne peuvent pas représenter l'enfant devant la Cour, au motif que celui-ci est déjà représenté au niveau national par un tuteur qui est intervenu dans la procédure devant les juridictions nationales. Nommé le 20 octobre 2011 par le tribunal pour mineurs de Campobasso et confirmé par la cour d'appel de Campobasso le 21 février 2012, le tuteur représente l'enfant et gère ses biens. En conclusion, la requête présentée au nom de l'enfant par les requérants, qui défendent leur propre intérêt et non celui de l'enfant, serait, pour cette partie, incompatible *ratione personae*.

47. Les requérants contestent la thèse du Gouvernement.

48. La Cour rappelle qu'il convient d'éviter une approche restrictive ou purement technique en ce qui concerne la représentation des enfants devant les organes de la Convention ; en particulier, il faut tenir compte des liens entre l'enfant concerné et ses « représentants », de l'objet et du but de la requête ainsi que de l'existence éventuelle d'un conflit d'intérêts (*Moretti et Benedetti c. Italie*, n° 16318/07, § 32, 27 avril 2010 ; voir aussi *S.D., D.P., et T. c. Royaume-Uni*, n° 23714/94, décision de la Commission du 20 mai 1996, non publiée).

49. En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que les requérants n'ont aucun lien biologique avec l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si le certificat de naissance établi en Russie a déployé des effets en Italie et lesquels, l'enfant a été placé sous tutelle depuis le 20 octobre 2011 et a été représenté par le tuteur dans les procédures internes. La procédure visant la reconnaissance du lien de filiation en Italie n'a pas abouti et l'enfant a une nouvelle identité et un nouveau certificat de naissance. Les requérants ont été déboutés de la procédure visant l'adoption de l'enfant. La procédure visant à donner en adoption l'enfant à une autre famille est en cours, et l'enfant est déjà placé dans une famille d'accueil. Aucune procuration n'a été signée en faveur des requérants pour que les intérêts de l'enfant soient représentés par eux devant la Cour. Ceci implique que les requérants ne possèdent pas, d'un point de vue juridique, la qualité nécessaire pour représenter les intérêts du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire.

50. Dans ces circonstances, la Cour estime que les requérants n'ont pas qualité pour agir devant la Cour pour le compte de l'enfant (*Moretti et Benedetti*, précité, § 35). Cette partie de la requête doit donc être rejetée comme étant incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de celle-ci.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION PAR LES REQUÉRANTS EN LEUR NOM

51. Les requérants allèguent que le refus par les autorités italiennes d'enregistrer le certificat de naissance délivré en Russie et les décisions d'éloignement de l'enfant adoptées par les juridictions nationales ont méconnu la Convention de la Haye conclue le 5 octobre 1961 et ont porté atteinte à leur vie privée et familiale telle que garantie par l'article 8 de la Convention. Ils allèguent en outre la violation de l'article 6, au motif que la procédure portant sur l'éloignement du mineur n'a pas été équitable.

52. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

53. Selon une jurisprudence constante, les Parties contractantes sont responsables en vertu de l'article 1 de la Convention de toutes les actions et omissions de leurs organes, que celles-ci découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales. L'article 1 ne fait aucune distinction à cet égard entre les différents types de normes ou de mesures et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Parties contractantes à l'empire de la Convention. La Cour rappelle que la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international. En vertu de l'article 33 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation d'un traité doit se faire en tenant compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations avec les parties, en particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme (voir, entre autres, *Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, §§ 168-169, CEDH 2012). Ainsi, même si le droit d'obtenir la transcription d'un certificat de naissance étranger ne figure pas en tant que tel parmi les droits garantis par la Convention, la Cour va examiner la requête sous l'angle de la Convention dans le contexte des autres traités internationaux pertinents.

54. Maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause, la Cour estime approprié d'examiner cette partie de la requête uniquement sous l'angle de l'article 8 de la Convention, lequel exige que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte, comme il se doit, les intérêts protégés par cette disposition (*Moretti et Benedetti*, précité, § 49 ; *Havelka et autres c. République tchèque*, n° 23499/06, §§ 34-35, 21 juin 2007 ; *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 56, CEDH 2002-I ; *Wallová et Walla c. République tchèque*, n° 23848/04, § 47, 26 octobre 2006). L'article 8 de la Convention dispose ainsi dans ses parties pertinentes :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie (...) familiale (...).

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

## A. Sur la recevabilité

### 1. Sur l'exception tirée de l'article 34 de la Convention

55. Le Gouvernement excipe que les requérants ne peuvent pas agir devant la Cour au sens de l'article 34 de la Convention, car l'enfant a été mis sous tutelle.

56. Les requérants s'opposent à cette thèse.

57. La Cour doit examiner la question de savoir si les requérants peuvent ester en justice et s'ils peuvent se prétendre victimes des violations alléguées au sens de l'article 34 de la Convention. Elle note à cet égard que les juridictions italiennes ont reconnu la qualité pour agir en justice des requérants, étant donné que ceux-ci étaient les parents de l'enfant d'après le certificat de naissance russe, et qu'au moins initialement, les intéressés avaient l'autorité parentale sur l'enfant. Il s'ensuit que les requérants peuvent soulever leurs griefs devant la Cour au sens de l'article 34 de la Convention. L'exception du Gouvernement doit dès lors être rejetée.

### 2. Sur l'exception de non épuisement des voies de recours internes

58. Le Gouvernement a observé que les procédures nationales étaient pendantes. Il s'est référé en particulier à la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants et à la procédure se déroulant devant le tribunal pour mineurs de Campobasso. Invité par la suite (paragraphe 4 ci-dessus) à préciser s'il existait un remède efficace pour contester la décision de la cour d'appel de Campobasso ayant confirmé le refus de transcrire le certificat de naissance, et s'il existait un remède efficace pour contester la décision d'exclusion de la procédure du tribunal pour mineurs, le Gouvernement a répondu par l'affirmative. Toutefois, il n'a pas déposé de jurisprudence pertinente.

59. Les requérants s'opposent à la thèse du Gouvernement.

60. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes tels qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 65-69, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV). Elle se doit de décider si les requérants ont satisfait à cette condition.

61. La Cour relève en premier lieu que la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants était pendante au moment de l'introduction de la requête. Toutefois, elle note, d'une part, que les juridictions civiles ont adopté leurs décisions sans attendre l'issue de cette procédure, d'autre part, que les griefs des requérants ne visent pas la procédure pénale en tant que telle. Par conséquent, un problème de non-épuisement des voies de recours internes ne se pose pas sur ce point et la Cour considère que l'exception du Gouvernement n'est pas pertinente et doit être rejetée.

62. S'agissant de la procédure intentée par les requérants dans le but d'obtenir la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, la Cour note que les requérants n'ont pas formé un pourvoi en cassation contre la décision de la cour d'appel de Campobasso ayant rejeté leur recours en date du 3 avril 2013. Le Gouvernement a affirmé l'existence et l'efficacité d'un tel pourvoi sans fournir de jurisprudence pertinente.

La Cour ne dispose donc pas de décisions rendues par la Cour de cassation dans des cas analogues, où l'enjeu serait également la reconnaissance d'un acte étranger contraire au droit national. Elle est toutefois convaincue que la situation dénoncée par les requérants aurait dû être soumise à l'appréciation de la Cour de cassation, qui est l'instance nationale susceptible d'interpréter la loi. Il s'ensuit que, sur ce point, les requérants n'ont pas satisfait à la condition d'épuisement des voies de recours internes.

Le grief tiré de l'impossibilité d'obtenir la transcription du certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil doit dès lors être rejeté conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

63. S'agissant du grief tiré des mesures d'éloignement et mise sous tutelle de l'enfant, la Cour relève que la décision du tribunal pour mineurs de Campobasso du 20 octobre 2011 a été attaquée devant la cour d'appel de Campobasso. Cette dernière a rejeté le recours des requérants et a confirmé les mesures le 28 février 2012. Étant donné le caractère non définitif de ce type de décisions, il n'était pas possible de se pourvoir en cassation (paragraphe 41 ci-dessus).

La Cour estime dès lors que les requérants ont épuisé les voies de recours internes sur ce point. Elle constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. La Cour relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

64. Quant à la décision prononcée par le tribunal pour mineurs de Campobasso le 5 juin 2013, ayant décrété que les intéressés ne pouvaient pas poursuivre la procédure concernant l'enfant dénommé Teodoro Campanelli car ils n'avaient plus la qualité pour agir, la Cour note que les requérants n'ont pas attaqué cette décision devant la cour d'appel et puis devant la Cour de cassation. Toutefois, au vu des circonstances de l'espèce, la Cour doute de l'efficacité de ces remèdes en l'espèce. En effet, la décision du tribunal pour mineurs en question a été prononcée environ vingt mois après le moment de l'éloignement de l'enfant. Ce dernier, considéré en état d'abandon à défaut de liens biologiques avec au moins un des requérants, avait été placé aux fins de l'adoption auprès d'une famille depuis au moins janvier 2013. Le tribunal pour mineurs était appelé à se prononcer sur l'adoption de l'enfant dans le cadre d'une autre procédure, ouverte entre-temps à l'égard de l'intéressé sous sa nouvelle identité, à laquelle les requérants n'avaient pas la possibilité de participer. De plus, le

Gouvernement n'a fourni aucune décision montrant que dans un tel cas les recours disponibles auraient eu une chance raisonnable de succès. La Cour estime dès lors que même si des recours étaient ouverts contre la décision du tribunal pour mineurs du 5 avril 2013, les requérants n'étaient pas tenus de les épuiser (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 66-67, *Recueil* 1996-IV ; *Scordino c. Italie* (déc.), n° 36813/97, CEDH 2003-IV).

## **B. Sur le fond**

### *1. Arguments des parties*

65. Les requérants observent que le problème soulevé par la requête ne concerne ni la maternité de substitution, ni la procréation assistée, ni les liens génétiques entre parents et enfants ni, enfin, l'adoption. Le problème en cause est le refus de reconnaître un certificat de naissance délivré par les autorités russes compétentes et l'éloignement de l'enfant décidé par les autorités italiennes. Malgré l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation et malgré l'éloignement de l'enfant, les requérants ont l'autorité parentale sur ce dernier, même s'ils ne sont pas ses parents biologiques, et ce grâce au certificat de naissance, délivré par les autorités russes compétentes.

Le certificat litigieux est authentique, comme le prouve l'apostille, et, au nom de la sécurité juridique, il aurait dû être enregistré conformément à la Convention de la Haye sur l'apostille conclue le 5 octobre 1961. Il a été délivré conformément au droit russe, selon lequel il n'est pas nécessaire d'avoir un lien génétique pour établir un lien de filiation. L'origine de l'enfant a été établie par les autorités russes compétentes qui ont tenu compte de toutes les circonstances de sa naissance. L'avocat des requérants a soumis à cet égard un article rédigé par lui-même et publié dans « Open Access Scientific Reports ». Il ressort de cet article que la donation de gamètes et d'embryons est permise en Russie, même au niveau commercial. La maternité subrogée à des fins commerciales n'est pas interdite non plus. Il est donc possible en Russie d'acheter des gamètes auprès d'une banque (*IVF clinic's database*) ; de cette façon les gamètes achetés par les parents potentiels deviennent « leurs » gamètes, ce qui leur permettra d'être considérés comme parents.

Les requérants n'ont jamais commis d'infractions en Russie. Ils n'en ont pas commis non plus en Italie. Ils étaient libres de passer la frontière et d'aller là où la législation permet la fécondation *in vitro* hétérologue. En prétendant, à tort et sans fournir de raisons valables, que le certificat de naissance était faux, les autorités italiennes ont agi illégalement. Le seul critère qui aurait dû guider les autorités italiennes dans leurs décisions devait être l'intérêt de l'enfant : celui de pouvoir rester auprès des requérants.

66. Le Gouvernement fait observer qu'en délivrant les documents de voyage permettant à l'enfant de partir en Italie, le Consulat italien de Moscou a respecté ses obligations internationales. L'apostille apposée sur le certificat de naissance russe n'empêchait toutefois pas les autorités italiennes de vérifier la véracité du contenu du dossier lié à la naissance de l'enfant. Le droit italien trouve à s'appliquer en l'espèce. L'article 18 du DPR n° 396/2000 appelle les autorités italiennes à vérifier si l'acte de naissance est contraire ou non à l'ordre public interne et donc s'il est apte ou pas à être transcrit dans les registres de l'état civil. La filiation se détermine au sens de l'article 33 de la loi sur le droit international privé. Les juridictions nationales ont prouvé l'absence de tout lien biologique entre les requérants et l'enfant. Il s'agit donc d'un certificat de naissance faux dans son contenu. À supposer qu'il y ait eu une ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, celle-ci est conforme à l'article 8 de la Convention car elle repose sur une base légale, elle répond au but de protéger l'enfant et est nécessaire dans une société démocratique. Étant donné l'agrément qu'ils avaient obtenu, les requérants auraient pu adopter un enfant, d'autant plus que l'accord bilatéral conclu entre l'Italie et la Russie le 6 novembre 2008 a permis 781 adoptions régulières dans la seule année 2011. Le Gouvernement fait enfin observer qu'il n'y a pas de consensus européen en matière de gestation pour autrui.

## 2. *Appréciation par la Cour*

### a) **Sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention**

67. Conformément à sa jurisprudence, la Cour relève que la question de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31, Série A n° 31 ; *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 150, CEDH 2001-VII). La notion de « famille » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens « familiaux » *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et une relation a suffisamment de constance (*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 30, série A n° 297-C ; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 55, série A n° 112 ; *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44, série A n° 290 ; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 36, *Recueil* 1997-II). Par ailleurs, les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). Le droit au respect d'une « vie familiale » ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille (*Marckx*, précité, § 31), voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c. Finlande* (déc.), n°27110/95, CEDH 1999-VI), d'une relation née

d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 62, série A n° 94), ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive (*Pini et autres c. Roumanie*, n°s 78028/01 et 78030/01, § 148, CEDH 2004-V).

68. La Cour note que le cas d'espèce présente des similitudes avec l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76240/01, 28 juin 2007). Dans l'affaire luxembourgeoise il était question de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance au Luxembourg de la décision judiciaire péruvienne prononçant l'adoption plénière d'une requérante au profit d'une deuxième requérante. La Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale malgré l'absence de reconnaissance de l'adoption, en prenant en compte le fait que des liens familiaux *de facto* existaient depuis plus de dix ans entre les requérantes et que la deuxième se comportait à tous égards comme la mère de la mineure.

Dans une autre affaire (*Moretti et Benedetti*, précitée, §§ 50-52), il était question d'un couple marié de requérants qui avaient accueilli un enfant âgé d'un mois dans leur famille. Ils avaient passé dix-neuf mois avec lui avant que les juridictions italiennes ne décident de placer l'enfant auprès d'une autre famille aux fins d'adoption. La Cour a également conclu à l'existence d'une vie familiale *de facto*, confirmée entre autres par les expertises conduites sur la famille, malgré l'absence de tout rapport juridique de parenté (§§ 50-52).

69. En l'espèce, les requérants se sont vu refuser la transcription de l'acte de naissance russe qui avait établi la filiation. Ce certificat n'ayant pas été reconnu en droit italien, il n'a pas fait naître un rapport juridique de parenté à proprement parler, même si les requérants ont eu, au moins initialement, l'autorité parentale sur l'enfant, comme le prouve la demande de suspension de l'autorité parentale introduite par le curateur. La Cour se doit dès lors de prendre en compte les liens familiaux *de facto*. À cet égard, elle relève que les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie : six mois en Italie, à partir du troisième mois de vie de l'enfant. Avant cette période, la requérante avait déjà passé quelques semaines avec lui en Russie. Même si la période en tant que telle est relativement courte, la Cour estime que les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents et conclut à l'existence d'une vie familiale *de facto* entre les requérants et l'enfant. Il s'ensuit que l'article 8 de la Convention s'applique en l'espèce.

70. À titre surabondant, la Cour note que, dans le cadre de la procédure engagée pour obtenir la reconnaissance de la filiation, le requérant s'est soumis à un test ADN. Il est vrai qu'aucun lien génétique n'a été établi entre le requérant et l'enfant (*a contrario*, *Keegan*, précité, § 45). Toutefois, la Cour rappelle que l'article 8 protège non seulement la « vie familiale », mais aussi la « vie privée ». Cette dernière inclut, dans une certaine mesure,

le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (*mutatis mutandis*, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n° 251-B.). Il semble d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de vie privée comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur (*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002-I). La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (*Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 39, série A n° 160). En l'espèce, le requérant a cherché, par la voie judiciaire, à établir s'il était géniteur. Sa demande de reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger s'est donc doublée d'une quête de la vérité biologique, visant à déterminer ses liens avec l'enfant. En conséquence, il existait une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée du requérant. Il s'ensuit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention (*Mikulić*, précité, § 55).

#### **b) Sur l'observation de l'article 8 de la Convention**

71. En l'espèce, les requérants se sont vu refuser, de la part du tribunal pour mineurs de Campobasso et de la cour d'appel de Campobasso, la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et ont été frappés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant. Aux yeux de la Cour cette situation s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 123). Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si elle remplit les conditions cumulatives d'être prévue par la loi, de poursuivre un but légitime, et d'être nécessaire dans une société démocratique. La notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché (*Gnahoré c. France*, n° 40031/98, § 50, CEDH 2000-IX ; *Pontes c. Portugal*, n° 19554/09, § 74, 10 avril 2012).

72. S'agissant de la question de savoir si cette ingérence était « prévue par la loi », la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 5 de la Convention de la Haye de 1961, le seul effet de l'apostille est celui de certifier l'authenticité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. Il ressort du rapport explicatif de ladite Convention que l'apostille n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu'ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé. En l'espèce, les juridictions italiennes ne se sont pas basées sur le certificat de naissance étranger mais elles ont opté pour

l'application du droit italien s'agissant du lien de filiation. En fait, l'application des lois italiennes qui a été faite en l'espèce par le tribunal pour mineurs découle de la règle des conflits des lois selon laquelle la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. En l'espèce, compte tenu de ce que l'enfant est issu de gamète de donneurs inconnus, la nationalité de l'enfant n'était pas établie. Dans cette situation, la Cour estime que l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire. Enfin, la Cour relève que les mesures à l'égard de l'enfant prises par le tribunal pour mineurs et confirmées par la cour d'appel de Campobasso s'appuient sur les dispositions de droit interne.

Il s'ensuit que l'ingérence – fondée en particulier sur les articles pertinents de la loi sur le droit international privé et de la loi sur l'adoption internationale – était « prévue par la loi ».

73. S'agissant du but légitime, aux yeux de la Cour, il n'y a pas lieu de douter que les mesures prises à l'égard de l'enfant tendaient à la « défense de l'ordre », dans la mesure où la conduite des requérants se heurtait à la loi sur l'adoption internationale et le recours aux techniques de reproduction assistée hétérologue était, à l'époque des faits, interdit. En outre, les mesures en question visaient la protection des « droits et libertés » de l'enfant.

74. Pour apprécier la « nécessité » des mesures litigieuses « dans une société démocratique », la Cour examine, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour les justifier sont pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8. Dans les affaires délicates et complexes, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes varie selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu. Si les autorités jouissent d'une grande latitude en matière d'adoption (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 127) ou pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en particulier lorsqu'il y a urgence, la Cour doit néanmoins avoir acquis la conviction que dans l'affaire en question, il existait des circonstances justifiant le retrait de l'enfant. Il incombe à l'État défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 166, CEDH 2001-VII ; *Kutzner*, précité, § 67).

75. Dans la présente affaire, la question est de savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés en jeu, fondés sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (*Wagner et J.M.W.L.*,

précité, §§ 133-134 ; *Menesson c. France*, n° 65192/11, § 81, CEDH 2014 (extraits) ; *Labassee c. France*, n° 65941/11, § 60, 26 juin 2014).

76. La Cour relève qu'en l'espèce il y a l'absence avérée de liens génétiques entre l'enfant et les requérants. Ensuite, la loi russe ne précise pas si entre les futurs parents et l'enfant à naître il faut un lien biologique. En outre, les requérants n'ont pas argué devant les juridictions nationales que le droit russe n'exigeait pas un lien génétique avec au moins un des futurs parents pour parler de gestation pour autrui. Compte tenu de ces éléments, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de comparer la législation des États membres afin de voir si, en matière de gestation pour autrui, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, la Cour est confrontée à un dossier dans lequel une société russe – pour laquelle travaille l'avocat qui représente les requérants à Strasbourg – a encaissé une somme d'argent des requérants ; elle a acheté des gamètes de donneurs inconnus ; elle a trouvé une mère porteuse et lui a fait implanter les embryons ; elle a remis l'enfant aux requérants ; elle les a aidés à obtenir le certificat de naissance. Pour mieux expliquer ce processus, l'avocat en question a indiqué qu'il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi « ses » embryons. Indépendamment de toute considération éthique quant aux agissements de la société Rosjurconsulting, les conséquences de ces agissements ont été très lourdes pour les requérants, surtout si l'on prend en compte le fait que le requérant était certain d'être le père biologique de l'enfant et qu'à ce jour il n'a pas été démontré qu'il n'était pas de bonne foi.

77. L'application du droit national a eu pour conséquence la non reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient pas un lien génétique avec l'enfant. La Cour ne néglige pas les aspects émotionnels de ce dossier où il a été question, pour les requérants, de constater leur incapacité à procréer ; de demander l'agrément pour adopter ; une fois l'agrément obtenu en décembre 2006, d'attendre pendant des années de pouvoir adopter en faisant face à la pénurie d'enfants adoptables ; de nourrir un espoir lorsqu'en 2010, les requérants se sont résolus à souscrire un contrat avec Rosjurconsulting et lorsqu'ils ont appris la naissance de l'enfant ; de sombrer dans le désespoir lorsqu'ils ont appris que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant.

Les juridictions nationales ont examiné l'argument du requérant selon lequel il y avait eu une erreur à la clinique russe car son liquide séminal n'avait pas été utilisé. Elles ont toutefois estimé que la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut.

Selon la Cour, en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable (*a contrario*, *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 135).

78. Il reste néanmoins à savoir si, dans une telle situation, les mesures prises à l'égard de l'enfant – notamment son éloignement et sa mise sous tutelle – peuvent passer pour des mesures proportionnées, à savoir si l'intérêt de l'enfant a été pris en compte de manière suffisante par les autorités italiennes.

79. La Cour note à cet égard que le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant était sans environnement familial adéquat aux termes de la loi sur l'adoption internationale. Pour parvenir à cette conclusion, les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants versaient : ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à Rosjurconsulting une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors on pouvait douter de leurs capacités affective et éducative. Il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui. La perspective suivie par les juridictions nationales répondait manifestement au besoin de mettre un terme à la situation d'illégalité.

80. Selon la Cour, la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre. À cet égard, la Cour rappelle que dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* précitée, les autorités luxembourgeoises n'avaient pas reconnu la filiation établie à l'étranger au motif que celle-ci se heurtait à l'ordre public ; cependant, elles n'avaient adopté aucune mesure visant l'éloignement du mineur ou l'interruption de la vie familiale. En effet, l'éloignement de l'enfant du contexte familial est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort. Pour qu'une mesure de ce type se justifie, elle doit répondre au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n<sup>os</sup> 39221/98 et 41963/98, § 148, CEDH 2000-VIII ; *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n<sup>o</sup> 41615/07, § 136, CEDH 2010 ; *Y.C. c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 4547/10, §§ 133-138, 13 mars 2012 ; *Pontes c. Portugal*, n<sup>o</sup> 19554/09, §§ 74-80, 10 avril 2012). Le seuil établi dans la jurisprudence est très élevé, et la Cour estime utile de rappeler les passages suivants tirés de l'arrêt *Pontes* précité :

« § 74. La Cour rappelle que, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (*Kutzner*, précité, § 58) et que des mesures

internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 151, CEDH 2001-VII). Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire, dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché (*Couillard Maugery c. France*, n° 64796/01, § 237, 1<sup>er</sup> juillet 2004).

§ 75. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il met de surcroît à la charge de l'État des obligations positives inhérentes au « respect » effectif de la vie familiale. Ainsi, là où l'existence d'un lien familial se trouve établie, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés (voir, par exemple, *Eriksson c. Suède*, 22 juin 1989, § 71, série A n° 156 ; *Olsson c. Suède (n° 2)*, 27 novembre 1992, § 90, série A n° 250 ; *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, § 94, CEDH 2000-I ; *Gnahoré c. France*, n° 40031/98, § 51, CEDH 2000-IX et, dernièrement, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, § 140, CEDH 2010). La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents - ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public - (*Maumousseau et Washington c. France*, n° 93388/05, § 62, CEDH 2007-XIII), en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante (dans ce sens *Gnahoré*, précité, § 59, CEDH 2000-IX), pouvant, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents (*Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII). L'intérêt de ces derniers, notamment à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant, reste néanmoins un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu (*Haase c. Allemagne*, n° 11057/02, § 89, CEDH 2004-III (extraits), ou *Kutzner c. Allemagne*, précité, § 58). Dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, *W., B. et R. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n° 121, §§ 60 et 61, et *Gnahoré*, précité, § 52). La Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités internes pour réglementer la prise en charge d'enfants par l'administration publique et les droits des parents de ces enfants, mais d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation (*Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299-A).

§ 76. La Cour rappelle que, si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, le processus décisionnel lié aux mesures d'ingérence doit être équitable et propre à respecter les intérêts protégés par cette disposition. Il échet dès lors de déterminer, en fonction des circonstances de chaque espèce et notamment de la gravité des mesures à prendre, si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts. Dans la négative, il y a manquement au respect de leur vie familiale et l'ingérence résultant de la décision ne saurait passer pour « nécessaire » au sens de l'article 8 (*W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, § 64, série A n° 121).

§ 77. Pour apprécier la « nécessité » de la mesure litigieuse « dans une société démocratique », la Cour considérera si, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les motifs invoqués à l'appui de celle-ci étaient pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. À cette fin, elle tiendra compte du fait

que l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave ; une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 148, CEDH 2000-VIII).

§ 78. Si les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier en particulier la nécessité de prendre en charge un enfant, il lui faut en revanche exercer un contrôle plus rigoureux sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités au droit de visite des parents, et sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et des enfants au respect de leur vie familiale. Ces restrictions supplémentaires comportent le risque d'amputer les relations familiales entre les parents et un jeune enfant (*Gnahoré* précité, § 54, et *Sahin c. Allemagne* [GC], n°30943/96, § 65, CEDH 2003-VIII).

§ 79. D'un côté, il est certain que garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de ses enfants (*Sahin* précité, § 66). De l'autre côté, il est clair qu'il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne : briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines. Il en résulte que l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille (*Gnahoré* précité, § 59).

§ 80. La Cour rappelle par ailleurs que, dans les affaires touchant la vie familiale, le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. En effet, la rupture de contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent (*Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, précité, § 102 ; *Maire c. Portugal*, n° 48206/99, § 74, CEDH 2003-VI). »

La Cour estime utile de rappeler également les passages suivants tirés de l'arrêt Zhou (*Zhou c. Italie*, n° 33773/11, §§ 55-56, 21 janvier 2014) :

« § 55 La Cour rappelle que dans des cas si délicats et complexes, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes varie selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu. Si les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en particulier lorsqu'il y a urgence, la Cour doit néanmoins avoir acquis la conviction que dans l'affaire en question, il existait des circonstances justifiant le retrait de l'enfant. Il incombe à l'État défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution (*K. et T. c. Finlande* [GC], précité, § 166; *Kutzner c. Allemagne*, précité, § 67, CEDH 2002-I).

§ 56 À la différence d'autres affaires que la Cour a eu l'occasion d'examiner, l'enfant de la requérante en l'espèce n'avait pas été exposée à une situation de violence ou de maltraitance physique ou psychique (voir, *a contrario*, *Dewinne c. Belgique* (déc.), n° 56024/00, 10 mars 2005; *Zakharova c. France* (déc.), n°57306/00, 13 décembre 2005), ni à des abus sexuels (voir, *a contrario*, *Covezzi et Morselli c. Italie*, n° 52763/99, § 104, 9 mai 2003). La Cour rappelle avoir conclu à la violation dans l'affaire *Kutzner c. Allemagne*, (§ 68, précité) dans laquelle les

tribunaux avaient retiré l'autorité parentale aux requérants après avoir constaté un déficit affectif de ces derniers, et a déclaré la non violation de l'article 8 dans l'affaire *Aune c. Norvège*, (n°52502/07, 28 octobre 2010), où la Cour avait relevé que l'adoption du mineur n'avait en fait pas empêché la requérante de continuer à entretenir une relation personnelle avec l'enfant et n'avait pas eu pour conséquences de couper l'enfant de ses racines. Elle a également constaté la violation de l'article 8 dans une affaire (*Saviny c. Ukraine*, n 39948/06, 18 décembre 2008) où le placement des enfants des requérants avait été justifié en raison de leur incapacité de garantir des conditions de vie adéquates (le manque de moyens financiers et de qualités personnelles des intéressés mettaient en péril la vie, la santé et l'éducation morale des enfants). Au demeurant, dans une affaire où le placement des enfants avait été ordonné en raison d'un déséquilibre psychique des parents, la Cour a conclu à la non violation de l'article 8 en tenant en compte également de ce que le lien entre les parents et les enfants n'avait été coupé (*Couillard Maugery c. France*, précité). »

81. La Cour reconnaît que la situation qui se présentait aux juges nationaux en l'espèce était délicate. En effet, de graves soupçons pesaient sur les requérants. Au moment où le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des requérants, il a pris en compte le préjudice certain qu'il subirait mais, vu la courte période qu'il avait passée avec eux et son bas âge, il a estimé que l'enfant surmonterait ce moment difficile de sa vie. Cependant la Cour estime que les conditions pouvant justifier le recours aux mesures litigieuses n'étaient pas remplies, et ce pour les raisons suivantes.

82. Tout d'abord, le seul fait que l'enfant aurait développé un lien affectif plus fort vis-à-vis de ses parents d'intention pour le cas où il serait resté auprès d'eux ne suffit pas pour justifier son éloignement.

83. Ensuite, s'agissant de la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants, la Cour note d'emblée que la cour d'appel de Campobasso avait estimé qu'il n'était pas nécessaire d'en attendre l'issue car la responsabilité pénale des intéressés ne jouait aucun rôle (paragraphe 25 ci-dessus), de sorte que les soupçons pesant sur les intéressés ne suffisaient pas non plus pour justifier les mesures litigieuses. Aux yeux de la Cour, il n'est en tout cas pas possible de spéculer sur l'issue de la procédure pénale. En outre, seulement en cas de condamnation pour l'infraction prévue à l'article 72 de la loi sur l'adoption les requérants seraient devenus légalement incapables d'adopter ou accueillir l'enfant en placement.

84. À ce dernier égard, la Cour relève que les requérants, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément (paragraphe 12 ci-dessus), ont été jugés incapables d'éduquer et aimer l'enfant au seul motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux.

85. Enfin, la Cour note que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or, il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale (voir l'article 7 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant

du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, 1577 Recueil des Traités 3).

86. Compte tenu de ces éléments, la Cour n'est pas convaincue du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

87. En conclusion, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

88. Compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013, le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait donc être compris comme obligeant l'État à remettre le mineur aux intéressés.

### III. SUR LES AUTRES VIOLATIONS

89. Les requérants allèguent enfin que la non reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger constitue une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, et de l'article 1 du protocole n° 12.

La Cour relève d'emblée qu'à ce jour, l'Italie n'a pas ratifié le Protocole n° 12, de sorte que ce grief est incompatible *ratione personae* et doit être rejeté conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention. Cette partie de la requête doit dès lors être examinée sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. L'article 14 de la Convention dispose :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

90. Dans la mesure où cette partie de la requête se rapporte au refus de transcrire le certificat de naissance dans les registres de l'état civil, la Cour estime que – tout comme le grief tiré de l'article 8 de la Convention invoqué isolément (voir paragraphe 62 ci-dessus) elle doit être rejetée pour non épuisement des voies de recours internes, conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

91. Pour autant que cette partie de la requête concerne les mesures adoptées à l'égard de l'enfant, la Cour rappelle que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (*Mazurek c. France*, n° 34406/97, § 46, CEDH 2000-II). Une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (*Mazurek*

précité, § 48). Après examen du dossier, la Cour n'a relevé aucune apparence de violation des dispositions invoquées. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

#### IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

92. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

##### **A. Dommage**

93. Les requérants sollicitent le versement de 100 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral.

94. Le Gouvernement s'oppose au versement de toute somme et insiste pour le rejet de la requête. En tout état de cause, le dommage n'a pas été démontré et l'enfant a le droit de vivre dans un environnement familial « légitime et tranquille ».

95. Statuant en équité, la Cour accorde 20 000 EUR conjointement aux requérants.

##### **B. Frais et dépens**

96. Les requérants demandent 29 095 EUR pour le remboursement des frais exposés devant les juridictions nationales et dans la procédure à Strasbourg.

97. Le Gouvernement s'oppose au versement de toute somme.

98. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce et compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour estime raisonnable la somme de 10 000 EUR tous frais confondus et l'accorde conjointement aux requérants.

##### **C. Intérêts moratoires**

99. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

**PAR CES MOTIFS, LA COUR**

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief soulevé par les requérants en leur nom et tiré de l'article 8 de la Convention au sujet des mesures adoptées à l'égard de l'enfant et irrecevable pour le surplus ;
2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;
3. *Dit*, par cinq voix contre deux,
  - a) que l'État défendeur doit verser conjointement aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
    - i) 20 000 EUR (vingt mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;
    - ii) 10 000 EUR (dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants, pour frais et dépens ;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
4. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 27 janvier 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith  
Greffier

Işıl Karakaş  
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Raimondi et Spano.

A.I.K.  
S.H.N.

## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE DES JUDGES RAIMONDI AND SPANO

1. Avec tout le respect que nous devons à nos collègues de la majorité, nous ne pouvons partager leur avis d'après lequel l'article 8 de la Convention aurait été violé en l'espèce.

2. Nous pouvons accepter, mais avec une certaine hésitation et sous réserve des remarques qui suivent, les conclusions de la majorité selon lesquelles l'article 8 de la Convention est applicable en l'espèce (paragraphe 69 de l'arrêt) et il y a eu ingérence dans les droits des requérants.

3. En effet, la vie familiale (ou vie privée) de facto des requérants avec l'enfant se fondait sur un lien ténu, en particulier si l'on tient compte de la période très brève au cours de laquelle ils en auraient eu la garde. Nous estimons que la Cour, dans des situations telles que celle à laquelle elle était confrontée dans cette affaire, doit prendre en compte les circonstances dans lesquelles l'enfant a été placé sous la garde des personnes concernées dans son examen de la question de savoir si une vie familiale de facto a été développée ou pas. Nous soulignons que l'article 8 § 1 ne peut pas, à notre avis, être interprété comme consacrant une « vie familiale » entre un enfant et des personnes dépourvues de tout lien biologique avec celui-ci dès lors que les faits, raisonnablement mis au clair, suggèrent que l'origine de la garde est fondée sur un acte illégal en contravention de l'ordre public. En tout cas, nous estimons que les considérations liées à une éventuelle illégalité à l'origine de l'établissement d'une vie familiale de facto doivent entrer en ligne de compte dans l'analyse de la proportionnalité qui s'impose dans le contexte de l'article 8.

4. Cela dit, il faut constater que les requérants se sont vu refuser, tant de la part du tribunal pour mineurs de Campobasso que de la part du registre de l'état civil et de la cour d'appel de Campobasso, la reconnaissance du certificat de naissance délivré par les autorités russes compétentes et ont été frappés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant. Cette situation s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention (*Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, no 76240/01, 28 juin 2007, § 123).

5. À notre avis, cette ingérence était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique.

6. Quant à la question de savoir si cette ingérence était « prévue par la loi » et poursuivait un « but légitime » nous souscrivons à l'analyse de la majorité (paragraphe 72-73 de l'arrêt).

7. En outre, à notre avis, l'application faite en l'espèce des dispositions législatives a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés concurrents en jeu, fondés sur le droit au respect de la vie privée et familiale.

8. En l'espèce, il y a d'abord l'absence avérée de liens génétiques entre l'enfant et les requérants. Ensuite, la loi russe ne précise pas s'il faut un lien biologique entre les futurs parents et l'enfant à naître. En outre, les requérants n'ont pas soutenu devant les juridictions nationales qu'en droit russe l'existence d'un lien génétique avec au moins un des futurs parents n'était pas nécessaire pour parler de gestation pour autrui. Compte tenu de ces éléments, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de comparer les législations des différents États membres afin de voir si, en matière de gestation pour autrui, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, nous sommes confrontés à un dossier dans lequel une société russe – pour laquelle travaille l'avocat qui représente les requérants à Strasbourg – a encaissé une somme d'argent des requérants ; elle a acheté des gamètes de donneurs inconnus ; elle a trouvé une mère porteuse et lui a fait implanter les embryons ; elle a remis l'enfant aux requérants ; elle les a aidés à obtenir le certificat de naissance. Pour mieux expliquer ce processus, l'avocat en question a indiqué qu'il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi « ses » embryons.

9. L'application du droit national a eu pour conséquence la non-reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient aucun lien génétique avec l'enfant. Nous ne négligeons pas les aspects émotionnels de ce dossier où les requérants ont dû constater leur incapacité à procréer ; demander l'agrément pour adopter ; une fois l'agrément obtenu en décembre 2006, attendre pendant des années de pouvoir adopter en faisant face à la pénurie d'enfants adoptables ; nourrir un espoir lorsqu'en 2010, lorsqu'ils se sont résolus à souscrire un contrat avec *Rosjurcosulting* et lorsqu'ils ont appris la naissance de l'enfant ; et enfin, sombrer dans le désespoir lorsqu'ils ont appris que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant.

10. Les juridictions nationales ont examiné l'argument du requérant selon lequel il y avait eu une erreur à la clinique russe car son liquide séminal n'avait pas été utilisé. Toutefois, la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut. À notre avis, en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas été déraisonnables (voir, *a contrario*, *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 135).

11. Le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant ne bénéficiait pas d'un environnement familial adéquat au sens de la loi sur l'adoption internationale. Les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants s'étaient retrouvés : ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de

leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à *Rosjurconsulting* une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors, le tribunal a jugé que l'on pouvait douter des capacités affectives et éducatives des requérants, et qu'il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui.

12. Nous remarquons d'emblée que les requérants, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément, ont été considérés comme incapables d'éduquer et d'aimer l'enfant uniquement sur la base de présomptions et déductions, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux. Cependant, nous reconnaissons que la situation qui se présentait aux juges nationaux était délicate et revêtait un caractère d'urgence. En effet, nous n'avons pas de raisons de considérer comme arbitraire la position des juges nationaux, qui ont estimé que les soupçons qui pesaient sur les requérants étaient graves et qu'il était essentiel d'éloigner l'enfant et de le mettre en sécurité sans permettre aux requérants de le contacter. Au moment où le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des requérants, il a pris en compte le préjudice certain qu'il subirait mais, vu la courte période qu'il avait passée avec eux et son bas âge, il a estimé que l'enfant surmonterait ce moment difficile de sa vie. Compte tenu de ces éléments, nous n'avons pas de raisons de douter du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes ont agi dans le respect de la loi, en vue de la défense de l'ordre et dans le but de protéger les droits et la santé de l'enfant, et ont préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

13. À notre avis, il n'y a aucune raison de remettre en jeu l'évaluation faite par les juges italiens. La majorité substitue sa propre évaluation à celle des autorités nationales, mettant ainsi à mal le principe de subsidiarité et la doctrine de la « quatrième instance ».

14. Dans ce genre d'affaires, dans lesquelles les juridictions nationales sont confrontées à des questions difficiles de mise en balance des intérêts de l'enfant d'une part et des exigences d'ordre public de l'autre, la Cour devrait à notre avis faire preuve de retenue, et se limiter à vérifier si l'évaluation des juges nationaux est entachée d'arbitraire. Les arguments développés par la majorité (paragraphe 82-84 de l'arrêt) ne sont pas convaincants. En particulier nous estimons que la question de l'établissement de l'identité de l'enfant n'a pas d'impact sur la décision de 2011 de le séparer des requérants et pourrait former l'objet, à la limite, d'un grief de l'enfant lui-même.

15. En outre, la position de la majorité revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui. S'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une « vie familiale », il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridique à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (*Menesson c. France*, no 65192/11), 26 juin 2014, § 79, et *Labassee c. France*, (no 65941/11), 2 juin 2014, § 58), est réduite à néant.



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME  
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

GRANDE CHAMBRE

**AFFAIRE EVANS c. ROYAUME-UNI**

*(Requête n° 6339/05)*

ARRÊT

STRASBOURG

10 avril 2007



**En l'affaire Evans c. Royaume-Uni,**

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Christos Rozakis, *président*,  
Jean-Paul Costa,  
Nicolas Bratza,  
Boštjan M. Zupančič,  
Peer Lorenzen,  
Rıza Türmen,  
Volodymyr Butkevych,  
Nina Vajić,  
Margarita Tsatsa-Nikolovska,  
András Baka,  
Anatoly Kovler,  
Vladimiro Zagrebelsky,  
Antonella Mularoni,  
Dean Spielmann,  
Renate Jaeger,  
Davíd Thór Björgvinsson,  
Ineta Ziemele, *juges*,

et de Erik Fribergh, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 22 novembre 2006 et le 12 mars 2007,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 6339/05) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Natallie Evans (« la requérante »), a saisi la Cour le 11 février 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La requérante, qui a été admise au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représentée par M<sup>e</sup> M. Lyons, avocat à Londres. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par ses agents, M<sup>me</sup> E. Willmott et M<sup>me</sup> K. McCleery, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Invoquant les articles 2, 8 et 14 de la Convention, la requérante se plaignait que le droit interne autorisât son ex-compagnon à révoquer de manière effective son consentement à la conservation et à l'utilisation des embryons créés par eux conjointement.

4. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

5. Le 22 février 2005, le président de la chambre a décidé d'indiquer au Gouvernement, en vertu de l'article 39 du règlement, que, sans préjudice d'une éventuelle décision de la Cour sur le fond, il était souhaitable, dans l'intérêt du bon déroulement de la procédure, que le Gouvernement prît les mesures nécessaires pour que les embryons fussent conservés jusqu'à ce que la Cour eût terminé d'examiner l'affaire. Le même jour, le président a décidé, sur le fondement de l'article 41 du règlement, que la requête devait être traitée par priorité, sur le fondement de l'article 29 § 3 de la Convention et de l'article 54A du règlement, que la recevabilité et le fond de l'affaire seraient examinés conjointement, et sur le fondement de l'article 54 § 2 b) du règlement, que le Gouvernement devait être invité à soumettre par écrit des observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête. Le 7 juin 2005, la Chambre a confirmé les décisions ci-dessus (article 54 § 3 du règlement).

6. Le 7 mars 2006, après une audience consacrée à la recevabilité et au fond de la requête (article 54 § 3 du règlement), la chambre, composée de Josep Casadevall, président, Nicolas Bratza, Matti Pellonpää, Rait Maruste, Kristaq Traja, Ljiljana Mijović et de Ján Šikuta, juges, ainsi que de Michael O'Boyle, greffier de section, a rendu un arrêt déclarant la requête recevable et concluant, à l'unanimité, à la non-violation des articles 2 et 14 de la Convention et, par cinq voix contre deux, à la non-violation de l'article 8. A l'arrêt se trouvait joint l'exposé de l'opinion dissidente commune aux juges Traja et Mijović.

7. Le 5 juin 2006, la requérante a sollicité le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre au titre de l'article 43 de la Convention. Le 3 juillet 2006, un collègue de la Grande Chambre a fait droit à cette demande. Le même jour, le président de la Cour a décidé d'inviter le Gouvernement à reconduire les mesures indiquées le 22 février 2005 en application de l'article 39 du règlement (paragraphe 5 ci-dessus).

8. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

9. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations sur le fond de l'affaire.

10. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 22 novembre 2006 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

- *pour le Gouvernement*  
 M<sup>me</sup> H. MULVEIN, *agent,*  
 MM. P. SALES *QC,*  
 J. COPPEL, *conseils,*  
 M<sup>mes</sup> K. ARNOLD, *conseillers ;*  
 G. SKINNER,
- *pour la requérante*  
 M. R. TOLSON *QC,*  
 M<sup>me</sup> S. FREEBORN, *conseils,*  
 M. M. LYONS, *solicitor,*  
 M<sup>mes</sup> A. MURPHY O'REILLY, *conseiller,*  
 N. EVANS, *requérante.*

La Cour a entendu M. Sales et M. Tolson en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions des juges Spielmann, Türmen, Myjer, David Thór Björgvinsson, Costa et Zagrebelsky.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. La requérante est née en octobre 1971 et réside à Wiltshire.

12. Les faits, tels qu'ils ont été établis par le juge Wall, qui a entendu les dépositions orales des parties (paragraphe 20 ci-dessous), sont les suivants.

#### A. Le traitement par FIV

13. Le 12 juillet 2000, la requérante et son compagnon, J. (né en novembre 1976), entamèrent un traitement dans une clinique de Bath spécialisée dans la procréation médicalement assistée (ci-après « la clinique »). La requérante avait été adressée à cette clinique pour un traitement cinq ans auparavant, alors qu'elle était mariée, mais, le couple s'étant séparé, le traitement n'avait pas été poursuivi.

14. Le 10 octobre 2001, lors d'une consultation à la clinique, la requérante et J. furent informés que des tests préliminaires avaient révélé que la jeune femme présentait de graves tumeurs précancéreuses aux deux ovaires et qu'elle devrait subir une ovariectomie bilatérale. On leur indiqua que, les tumeurs se développant lentement, il serait possible de prélever

quelques ovules avant l'ablation, en vue d'une fécondation *in vitro* (« FIV »), mais que ce prélèvement devrait intervenir à bref délai.

15. La consultation du 10 octobre 2001 dura environ une heure au total. Une infirmière expliqua à la requérante et J. qu'ils devraient signer chacun un formulaire pour exprimer leur consentement au traitement par FIV, et que, conformément aux dispositions de la loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaines (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, ci-après « la loi de 1990 »), chacun d'eux aurait la possibilité de retirer son consentement à tout moment tant que les embryons n'auraient pas été implantés dans l'utérus de la requérante (paragraphe 37 ci-dessous). Celle-ci demanda à l'infirmière s'il serait possible de congeler ses ovules non fécondés, mais s'entendit répondre que la clinique ne pratiquait pas cette technique, qui se caractérisait par un taux de réussite bien moins élevé. J. tenta alors de rassurer la requérante en lui disant qu'ils n'allaient pas se séparer, qu'elle n'avait pas besoin d'envisager la congélation de ses ovules, qu'il ne fallait pas voir les choses de manière négative et qu'il voulait être le père de l'enfant qu'elle mettrait au monde.

16. Par la suite, le couple donna les consentements nécessaires en signant les formulaires prévus par la loi de 1990 (paragraphe 37 ci-dessous).

Directement sous le titre du formulaire figurait la consigne suivante :

« N.B. – Ne signez le présent formulaire que si vous avez reçu des informations sur le sujet et si l'on vous a proposé des conseils. Vous pouvez modifier les conditions de votre consentement à tout moment, sauf s'agissant de sperme ou d'embryons déjà utilisés. Veuillez, selon les cas, inscrire un chiffre ou cocher une case. »

Par les cases qu'il cocha, J. exprima son consentement à ce que son sperme fût utilisé pour féconder les ovules de la requérante *in vitro* et à ce que les embryons ainsi créés fussent utilisés aux fins du traitement conjoint de la requérante et de lui-même. Dans la rubrique « conservation », il choisit que les embryons obtenus *in vitro* à partir de son sperme fussent conservés durant la période maximale de dix ans et que la conservation du sperme et des embryons se poursuivît s'il venait à décéder ou à perdre ses facultés mentales avant l'expiration de ce délai. La requérante signa un formulaire qui était pratiquement identique à celui de J., à cette exception près qu'il concernait non pas le sperme, mais les ovules. Comme J., elle consentit, par les cases qu'elle cocha, à son propre traitement et à son traitement « avec un partenaire nommément désigné ».

17. Le 12 novembre 2001, le couple se rendit à la clinique et onze ovules furent prélevés et fécondés. Six embryons furent ainsi créés et mis en conservation. Le 26 novembre, la requérante subit l'ablation de ses deux ovaires. On l'informa qu'il lui faudrait attendre deux ans avant de pouvoir tenter d'implanter un embryon dans son utérus.

## **B. La procédure devant la *High Court***

18. En mai 2002, la relation entre J. et la requérante prit fin. Ils discutèrent du devenir des embryons. Le 4 juillet 2002, J. écrivit à la clinique pour l'informer que le couple s'était séparé et qu'il voulait que les embryons soient détruits.

19. La clinique avisa la requérante que J. avait retiré son consentement à l'utilisation ultérieure des embryons et qu'elle se trouvait par conséquent dans l'obligation légale de les détruire, en application de l'article 8 § 2 de l'annexe 3 à la loi de 1990 (paragraphe 37 ci-dessous). La requérante entama une procédure devant la *High Court*. Elle sollicitait de celle-ci une ordonnance enjoignant à J. de rétablir son consentement à l'utilisation et à la conservation des embryons, et une déclaration précisant, entre autres, que J. n'avait pas modifié son consentement du 10 octobre 2001 et ne pouvait pas le faire. Elle demandait aussi à la *High Court* de dire, en vertu de la loi de 1998 sur les droits de l'homme (*Human Rights Act 1998*), que l'article 12 et l'annexe 3 à la loi de 1990 étaient incompatibles avec la Convention et portaient atteinte à ses droits résultant des articles 8, 12 et 14 de celle-ci. En outre, elle alléguait que les embryons avaient droit à la protection prévue aux articles 2 et 8 de la Convention. La *High Court* rendit des ordonnances provisoires imposant à la clinique de conserver les embryons jusqu'à la fin de la procédure.

20. Avant de statuer au fond, le juge Wall tint une audience qui dura cinq jours, au cours desquels il entendit notamment la requérante et J. Le 1<sup>er</sup> octobre 2003, il rejeta les demandes de la requérante par un jugement de soixante-cinq pages (*Evans v. Amicus Healthcare Ltd and Others*, [2003] EWHC 2161 (Fam)).

21. Il conclut qu'aux termes de la loi de 1990, et pour des motifs d'ordre public, J. n'avait jamais eu la faculté de consentir sans équivoque à ce que les embryons fussent utilisés quoi qu'il arrivât. Il observa par ailleurs que J. n'avait consenti qu'à un traitement « conjoint » avec la requérante, et non à un traitement que celle-ci pourrait poursuivre seule en cas de séparation. Le juge Wall rejeta donc la thèse de la requérante selon laquelle J. était forcé à retirer son consentement. Il considéra en effet que l'intéressée et J. avaient tous deux entrepris le traitement dans la conviction que leur relation serait durable. Le 10 octobre 2001, J. avait de son mieux tenté de rassurer la requérante en lui disant qu'il l'aimait et voulait être le père des enfants qu'elle mettrait au monde ; il avait ainsi exprimé en toute sincérité les sentiments qu'il éprouvait à ce moment-là, mais ne s'était pas engagé définitivement. Le juge Wall fit observer que les paroles d'affection et de réconfort de ce type étaient chose courante dans le domaine des relations personnelles, mais qu'elles n'avaient – et ne pouvaient avoir – aucun effet juridique permanent. En entreprenant un traitement par FIV avec J., la

requérante avait suivi la seule voie réaliste qui s'offrait à elle. Le juge Wall poursuivit ainsi :

« Toutefois, même si j'ai tort sur ce point, et même s'il peut y avoir forclusion en vertu de la loi, je ne pense pas, pour les raisons que j'ai exposées, qu'il soit abusif d'autoriser [J.] à révoquer son consentement. C'est un droit que lui confère la loi dans le cadre du régime sans ambiguïté mis en place par le Parlement. C'est sur cette base que l'intéressé a donné son consentement le 10 octobre 2001. Il est tout à fait normal, compte tenu du changement de situation, qu'il ne veuille pas être le père d'un enfant de M<sup>me</sup> Evans. »

22. En ce qui concerne les griefs que la requérante tirait de la Convention, le juge Wall estima en substance qu'un embryon n'était pas une personne jouissant de droits protégés par la Convention, et que le droit de la requérante au respect de sa vie familiale ne se trouvait pas en jeu. Il reconnut toutefois que les dispositions litigieuses de la loi de 1990 portaient atteinte au droit des deux parties au respect de leur vie privée, mais considéra que les effets n'en étaient pas disproportionnés, la législation instaurant un régime de traitement reposant sur deux piliers d'égale importance, le consentement des parties et l'intérêt de l'enfant à naître. Il jugea parfaitement justifié que la loi exigeât que les deux personnes formant le couple désireux d'entreprendre un traitement par FIV fussent d'accord sur ce traitement et qu'elle permît à chacune de retirer sa participation à tout moment avant le transfert embryonnaire.

23. Le juge Wall souligna que les dispositions de l'annexe 3 à la loi (paragraphe 37 ci-dessous) s'appliquaient de la même façon à tous les patients suivant un traitement par FIV, indépendamment de leur sexe, et conclut en prenant un exemple pour montrer que l'exigence du consentement conjoint pouvait avoir des conséquences analogues pour un homme stérile :

« Imaginons qu'un homme soit atteint d'un cancer des testicules et que son sperme, recueilli avant une intervention chirurgicale entraînant une stérilité définitive, soit utilisé pour créer des embryons avec les ovules de sa compagne. En cas de séparation du couple avant le transfert embryonnaire, il ne viendrait à l'idée de personne de prétendre que cette femme ne peut pas retirer son consentement au traitement et refuser que les embryons soient implantés dans son utérus. Or les dispositions de la loi, tout comme les droits inscrits dans la Convention, s'appliquent de la même manière aux hommes et aux femmes. »

### **C. L'arrêt de la Cour d'appel**

24. La requérante saisit la Cour d'appel, qui la débouta par un arrêt rendu le 25 juin 2004 (*Evans v. Amicus Healthcare Ltd*, [2004] EWCA Civ 727).

La Cour d'appel considéra que l'objectif de la loi de 1990 était clairement de n'autoriser l'implantation de l'embryon que si les deux parties étaient toujours consentantes et qu'elle ne pouvait sans d'impérieuses

raisons reconnaître ou établir un principe de dispense qui serait contraire au régime instauré par le Parlement. A l'instar du juge Wall, la Cour d'appel estima que J. n'avait consenti qu'à un « traitement conjoint » avec la requérante, et non à l'utilisation par cette dernière seule des embryons créés par le couple. Une fois que la relation entre la requérante et J. avait pris fin et que J. avait indiqué qu'il ne souhaitait pas que les embryons fussent conservés ou utilisés par la requérante, les intéressés ne faisaient plus l'objet d'un traitement « conjoint ». La Cour d'appel rejeta l'argument de la requérante selon lequel J. avait dissimulé son ambivalence, conduisant ainsi la jeune femme à opter pour le traitement conjoint des deux membres du couple. La juridiction d'appel estima en effet que cet argument mettait en cause de manière injustifiée la conclusion du juge du fond, qui avait eu l'avantage manifeste de pouvoir apprécier les dépositions orales de la requérante, de J. et des autres témoins (paragraphe 20 ci-dessus). Par ailleurs, le conseil de J. avait indiqué à la Cour d'appel que, de toute évidence, si son client avait retiré son consentement, ce n'était pas pour des raisons purement financières, mais pour des raisons de principe.

25. Les juges Thorpe et Sedley estimèrent que, s'il y avait bien ingérence dans la vie privée des parties, cette ingérence était justifiée et proportionnée. Ils s'exprimèrent comme suit :

« Le moyen moins drastique revendiqué ici est une règle de droit rendant non concluant le retrait du consentement [de J.]. Cela permettrait [à la requérante] de demander la poursuite du traitement au motif qu'elle ne peut plus avoir d'enfant autrement. Cependant, à moins de donner aussi du poids au ferme souhait de [J.] de ne pas être père d'un enfant qui serait mis au monde [par la requérante], une telle règle amoindrirait le respect dû à la vie privée [de J.] dans la même proportion qu'elle augmenterait le respect accordé à la vie privée [de la requérante]. Par ailleurs, pour donner du poids [à la volonté de J.], la législation devrait imposer à [l'Agence de la fécondation et de l'embryologie humaines] ou à la clinique, ou aux deux, de porter un jugement basé sur un mélange de considérations d'éthique, de politique sociale et de compassion humaine. Cela nécessiterait aussi l'établissement d'un équilibre entre deux choses parfaitement incommensurables (...)

(...) Ce qui est nécessaire, selon le Parlement, c'est un consentement bilatéral à l'implantation, et non pas simplement au prélèvement et à la conservation de matériel génétique, et cette condition ne peut être remplie si une moitié du consentement n'est plus effective. Assouplir cette exigence dans l'intérêt de la proportionnalité, afin de compenser le handicap biologique [de la requérante], impossible à surmonter par d'autres moyens, en faisant du retrait du consentement de l'homme un facteur pertinent mais non décisif créerait de nouveaux problèmes, encore plus inextricables, d'arbitraire et d'incohérence. La compassion et la sollicitude que chacun doit éprouver pour [la requérante] ne suffisent pas à rendre disproportionné le régime mis en place par le législateur (...) »

26. La juge Arden fit les remarques liminaires suivantes :

« La loi de 1990 emploie inévitablement des termes scientifiques, tels que « gamète » et « embryon ». Mais il est clair que cette loi concerne la question très émotionnelle de la stérilité et la possibilité de faire naître un enfant par implantation du matériel génétique de deux personnes. (...) La stérilité peut plonger la personne, homme ou femme, qui en est atteinte dans un profond désarroi. Pour beaucoup de femmes, la capacité de mettre au monde un enfant représente le plein épanouissement et donne un but dans la vie. Elle participe de leur sens de l'identité ainsi que de leur dignité. »

Elle poursuivit ainsi :

« J'estime, comme les juges Thorpe et Sedley, que le fait que la loi de 1990 érige le maintien du consentement en condition indispensable à la poursuite du traitement dans des situations comme celle-ci satisfait aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention. (...) Dans ce domaine sensible appelant des décisions d'ordre éthique, il doit incomber au premier chef au Parlement de ménager un équilibre entre les parties (...) Le Parlement a estimé que nul ne devait pouvoir déroger au principe selon lequel le consentement des deux parents génétiques est nécessaire. A mon avis, les circonstances de l'espèce montrent bien qu'il était sage de poser semblable règle. La situation personnelle des parties n'est pas la même qu'au début du traitement, et il serait difficile pour une juridiction de déterminer si les effets du retrait du consentement [de J.] sur [la requérante] sont plus importants que les effets que l'invalidation de ce retrait aurait sur [J.]. Il n'existe aucun point de repère qui permettrait à la juridiction de procéder à cette évaluation. Le fait est que toute personne a droit à la protection contre les atteintes à sa vie privée. C'est là un aspect du principe de l'autodétermination ou de l'autonomie personnelle. L'atteinte au droit [de J.] ne peut passer pour justifiée au motif qu'elle est nécessaire à la protection du droit [de la requérante], car, réciproquement, l'étendue du droit [de la requérante] est aussi limitée par la nécessité de protéger le droit [de J.]. [La requérante et J.] doivent avoir des droits équivalents, même si l'étendue de leurs droits au titre de l'article 8 n'est pas définie avec précision.

(...) L'ingérence dans la vie privée [de la requérante] se justifie également sous l'angle de l'article 8 § 2 par le motif que si l'on donnait gain de cause à [la requérante], cela reviendrait à porter atteinte au droit, pour le père génétique, de refuser de procréer. De toute évidence, on ne pourrait obliger [la requérante] à devenir mère ; de la même manière, on ne peut obliger [J.] à devenir père, d'autant moins que, en l'espèce, cette paternité entraînerait probablement aussi une responsabilité légale d'ordre financier à l'égard de l'enfant. »

27. Concernant la question de la discrimination, les juges Thorpe et Sedley estimèrent que ce qu'il fallait comparer c'était la situation des femmes souhaitant être traitées par FIV dont le partenaire avait retiré son consentement et la situation des femmes dont le partenaire ne s'était pas rétracté, la juge Arden estimant quant à elle que la comparaison devait se faire entre les femmes fécondes et les femmes stériles, puisque, dans le cas d'un traitement par FIV, le père génétique avait la possibilité de retirer son consentement à la procréation plus tard qu'au moment d'un rapport sexuel normal. Cela dit, les trois juges furent d'accord pour considérer que, indépendamment du choix des termes de la comparaison, la différence de

traitement était justifiée et proportionnée au regard de l'article 14 de la Convention, pour les mêmes raisons que celles qui les avaient amenés à conclure à la non-violation de l'article 8. Par ailleurs, la Cour d'appel refusa à la requérante l'autorisation de faire appel de la conclusion du juge Wall selon laquelle les embryons ne pouvaient prétendre à la protection de l'article 2, la législation interne ne reconnaissant ni intérêts ni droits indépendants au fœtus avant la naissance, ni donc, *a fortiori*, à l'embryon.

28. Le 29 novembre 2004, la Chambre des lords refusa à la requérante l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

### A. Le droit interne : la loi de 1990

#### 1. *Le rapport Warnock*

29. La venue au monde, en juillet 1978, du premier bébé né par fécondation *in vitro* suscita au Royaume-Uni de nombreux débats éthiques et scientifiques, qui conduisirent à la création, en juillet 1982, d'une commission d'enquête, présidée par *Dame Mary Warnock DBE* (philosophe), chargée « d'examiner les innovations récentes et potentielles, en médecine et en science, liées à la fécondation et à l'embryologie humaines ; de réfléchir aux politiques et aux garanties à appliquer, en tenant compte des conséquences sociales, éthiques et juridiques de ces innovations ; enfin, de formuler des recommandations ».

30. La commission rendit son rapport en juillet 1984 (Cmnd 9314). A l'époque, la technique de congélation des embryons humains destinés à être utilisés ultérieurement n'en était qu'à ses débuts. Toutefois, la commission notait dans son rapport que cette technique avait déjà été appliquée et avait abouti à la naissance d'un enfant, et recommandait de poursuivre le développement de l'utilisation clinique d'embryons congelés sous le contrôle de l'organisme chargé de délivrer les autorisations (paragraphe 10.3 du rapport). Cela étant, la commission reconnaissait que la possibilité de conserver de manière prolongée des embryons humains pouvait engendrer des problèmes et préconisait de fixer à dix ans la durée maximale de conservation des embryons destinés à l'utilisation personnelle ultérieure d'un couple ; passé ce délai, le droit d'utilisation ou de destruction des embryons devait être conféré à l'organisme compétent pour les questions de conservation (paragraphe 10.10). La commission recommandait par ailleurs de confier à l'organisme compétent pour les questions de conservation le droit de décider de l'utilisation ou de la

destruction des embryons dans les cas où, à la suite d'une séparation par exemple, le couple ne s'entendrait pas sur le devenir des embryons créés conjointement (paragraphe 10.13). Conformément à son point de vue selon lequel il devait n'y avoir aucun droit de propriété sur un embryon humain (paragraphe 10.11), la commission n'envisageait pas la possibilité pour une partie d'exiger l'utilisation de l'embryon contre la volonté de l'autre partie.

## 2. Consultation et adoption de la loi

31. Les recommandations de la commission Warnock concernant le traitement par FIV furent rassemblées dans un livre vert diffusé aux fins d'une consultation publique. Le document (paragraphe 35) précisait que la recommandation de la commission selon laquelle l'organisme compétent pour les questions de conservation devait se voir conférer le droit de décider de l'utilisation ou de la destruction d'un embryon en cas de désaccord dans le couple n'avait guère suscité de commentaires ; il soulignait toutefois que, même s'il était peu probable que cette situation se présentât fréquemment, il importait d'établir une « base claire » pour la résoudre.

32. Après réception des observations des parties intéressées, les propositions en matière de traitement par FIV furent rassemblées dans un Livre blanc (rapport) intitulé « Fécondation et embryologie humaines : un cadre pour la législation » (*Human Fertilisation and Embryology: A Framework for Legislation*, Cm 259), qui fut publié en novembre 1987. Le document rappelait la recommandation de la commission Warnock selon laquelle le droit de décider de l'utilisation ou de la destruction d'un embryon congelé devait être conféré à l'organisme compétent pour les questions de conservation en cas de désaccord entre les deux membres du couple concerné (paragraphe 50 et 51), mais poursuivait ainsi :

« D'une manière générale, ceux qui pensent que la conservation doit être autorisée sont satisfaits des recommandations de la commission Warnock. En revanche, d'autres considèrent que, sauf à se l'être vu attribuer de manière explicite par les donneurs, l'« organisme compétent pour les questions de conservation » ne devrait pas avoir le droit de décider de l'utilisation ou de la destruction des embryons. Le gouvernement, qui partage ce point de vue, a conclu que la loi devait s'appuyer sur le principe clair selon lequel la volonté du donneur est primordiale tout au long de la période pendant laquelle les embryons ou les gamètes peuvent être conservés ; à l'expiration de cette période, ceux-ci comme ceux-là ne devraient pouvoir être utilisés à d'autres fins par l'organisme agréé que si le donneur y a consenti. »

Le livre blanc mentionnait la décision du gouvernement de fixer à cinq ans la durée maximale de conservation des embryons (paragraphe 54). Puis, dans une partie intitulée « Consentement du donneur », le livre blanc énonçait le principe selon lequel un donneur devait avoir le droit de modifier ou de révoquer son consentement à l'implantation d'un embryon dans le corps d'une femme à tout moment aussi longtemps que l'embryon demeurerait inutilisé :

« 55. Les questions complexes liées à la conservation font ressortir combien il importe de s'assurer que les couples qui choisissent d'entreprendre un traitement par FIV ou les personnes qui donnent leurs gamètes consentent aux utilisations auxquelles leurs gamètes ou leurs embryons sont destinés.

56. Le projet de loi précisera que les gamètes ou les embryons ne peuvent être conservés qu'avec le consentement signé des donneurs et qu'ils ne peuvent être utilisés que par l'organisme agréé chargé de leur conservation et aux fins énoncées dans le consentement (par exemple pour un traitement thérapeutique [ou pour la recherche]). Les personnes qui donnent leur consentement doivent être informées des techniques pour lesquelles leurs gamètes/embryons peuvent être utilisés ainsi que des conséquences juridiques de leurs décisions. A cet égard, il est souhaitable que les intéressés puissent obtenir des conseils.

57. Les donneurs auront le droit de modifier ou de révoquer leur consentement avant l'utilisation de leurs gamètes/embryons, mais, en pareil cas, il leur incombera de porter toute modification à la connaissance de l'organisme agréé, lequel devra alors aviser tout autre organisme agréé auquel il aura fourni les gamètes du donneur. (Cette situation peut se produire, par exemple, si une banque de sperme a fourni des gamètes à un ou plusieurs centres de traitement). En l'absence de notification de modification ou de retrait du consentement ou d'avis de décès, l'organisme agréé doit présumer que le consentement initial reste valable et doit donc agir en conséquence pendant toute la période de conservation. Lorsque celle-ci prend fin, il ne peut utiliser ou détruire les embryons ou les gamètes qu'en se conformant aux souhaits émis par les donneurs. Si ceux-ci n'ont pas clairement exprimé leur volonté, il y a lieu de mettre fin à la conservation de l'embryon ou des gamètes et de les laisser périr.

58. En ce qui concerne les embryons, ils ne peuvent pas être implantés dans le corps d'une autre femme, ni être utilisés à des fins de recherche, ni détruits (avant l'expiration de la période de conservation) en l'absence du consentement des deux donneurs. En cas de désaccord entre les donneurs, l'organisme agréé sera tenu de conserver l'embryon jusqu'à la fin de la période de conservation ; si le désaccord persiste à l'expiration de celle-ci, il y a lieu de laisser périr l'embryon. »

33. A l'issue d'une nouvelle procédure de consultation fut publié, en 1989, un projet de loi, qui devint finalement la loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaines. Le projet reflétait pour l'essentiel les termes du livre blanc. Les dispositions relatives au consentement ne suscitérent pas de controverses lors de leur examen par le Parlement.

### 3. *La loi de 1990*

34. Dans l'affaire *R. v. Secretary of State for Health, ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance)* ([2003], UKHL 13), Lord Bingham décrit le contexte et l'esprit général de la loi de 1990 comme suit :

« (...) Le caractère sensible des questions en jeu ne fait aucun doute. D'une part, il y avait ceux qui considéraient la création d'embryons – et donc de la vie – *in vitro* comme un sacrilège ou comme quelque chose de contestable du point de vue éthique et qui souhaitaient interdire totalement ces pratiques. D'autre part, il y avait ceux qui voyaient dans ces nouvelles techniques, en ce qu'elles offrent aux personnes stériles la

possibilité d'avoir des enfants et permettent de faire progresser les connaissances sur les maladies congénitales, des perspectives d'améliorer la condition humaine, et les arguments religieux et moraux étayant ce point de vue ne faisaient pas défaut. On ne peut douter non plus de la difficulté qu'il y a à légiférer sur ces questions, compte tenu de la rapidité des progrès médicaux et scientifiques. Ce n'est pas souvent que le Parlement est appelé à élaborer une législation apte à s'appliquer aux évolutions à la pointe de la science.

(...) La solution recommandée et consacrée par la loi de 1990 ne consiste pas à interdire toute création *in vitro* d'embryons humains vivants et toute utilisation de pareils embryons, mais plutôt, sous réserve de certaines interdictions expresses, dont quelques-unes ont été mentionnées ci-dessus, à autoriser ces pratiques en les soumettant à des conditions, des restrictions et des délais particuliers, et à des mécanismes de contrôle (...). Il est évident (...) que si le Parlement a décidé de prohiber certaines pratiques manifestement choquantes (telles que l'implantation d'un embryon animal vivant dans le corps d'une femme ou de celui d'un être humain dans le corps d'un animal), il a pour le reste opté pour un régime de contrôle rigoureux. Aucune activité relevant de ce domaine n'a été oubliée. Il s'agissait de ne pas laisser faire n'importe quoi. »

35. D'après l'article 3 § 1 de la loi, nul ne peut créer un embryon, le conserver ou l'utiliser sans autorisation. La conservation ou l'utilisation de l'embryon ne sont légales que si elles satisfont aux conditions de cette autorisation. Tout manquement à l'article 3 § 1 constitue une infraction (définie à l'article 41 § 2 a) de la loi).

36. Aux termes de l'article 14 § 4 de la loi, « la durée légale de conservation pour les embryons est la durée, obligatoirement inférieure ou égale à cinq ans, précisée par l'autorisation ». Cette disposition a été modifiée par le règlement de 1996 sur la fécondation et l'embryologie humaines (durée légale de conservation des embryons), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1996, qui dispose notamment que lorsque, de l'avis de deux médecins, la femme qui doit recevoir l'embryon ou, si ce ne sont pas ses gamètes qui ont été utilisés pour créer l'embryon, celle des personnes dont les gamètes ont été utilisés, est ou risque de devenir totalement stérile prématurément, la durée de conservation est prolongée jusqu'à la date du cinquante-cinquième anniversaire de l'intéressée. Lorsque, de l'avis d'un seul médecin, la femme qui doit accueillir l'embryon, ou l'une des deux personnes ayant fourni les gamètes, a ou risque d'avoir de graves problèmes de fécondité ou souffre d'un problème génétique, la durée de conservation est portée à dix ans, ou prolongée jusqu'à la date du cinquante-cinquième anniversaire de l'intéressée, selon celle de ces échéances qui intervient la première.

Les deux personnes dont les gamètes sont utilisés pour créer les embryons doivent confirmer par écrit qu'elles ne s'opposent pas à la prolongation de la conservation aux fins d'un traitement futur. La femme qui doit recevoir un tel embryon doit être âgée de moins de cinquante ans au début de la conservation.

37. D'après l'article 12 c) de la loi, une autorisation ne peut être accordée que sous réserve du respect des dispositions de l'annexe 3 à la loi, qui concernent le consentement à l'utilisation de gamètes ou d'embryons. Dans la procédure engagée par la requérante (paragraphe 20-27 ci-dessus), la *High Court* et la Cour d'appel ont déclaré qu'aux fins d'interprétation de l'annexe 3 « l'embryon n'est réputé utilisé qu'une fois transféré dans le corps de la femme ».

L'annexe 3 se lit ainsi :

*« Consentements à l'utilisation de gamètes ou d'embryons »*

*Consentement*

1. Tout consentement au sens de la présente annexe doit être donné par écrit, et, dans la présente annexe, l'expression « consentement effectif » s'entend d'un consentement qui n'a pas été révoqué.

2. 1) Tout consentement à l'utilisation d'un embryon doit préciser une ou plusieurs des finalités suivantes :

a) utilisation aux fins du traitement de la personne donnant son consentement, ou du traitement conjoint de cette personne et d'une autre, nommément désignée,

b) utilisation aux fins du traitement de personnes autres que l'auteur du consentement, ou

c) utilisation aux fins d'un projet de recherche,

et peut préciser les conditions dans lesquelles l'embryon peut être ainsi utilisé.

2) Tout consentement à la conservation de gamètes ou d'un embryon doit :

a) préciser la durée maximale de conservation (si elle est inférieure à la durée légale) et

b) indiquer quel sera le sort des gamètes ou de l'embryon si la personne ayant donné son consentement décède ou si, pour cause d'incapacité, elle n'est pas en mesure de modifier ou de révoquer ce consentement,

et peut préciser dans quelles conditions les gamètes ou l'embryon peuvent continuer à être conservés.

3) Tout consentement au sens de la présente annexe doit comporter toutes autres précisions pouvant être exigées par l'Agence dans des directives.

4) Un consentement au sens de la présente annexe peut s'appliquer :

a) à l'utilisation ou à la conservation d'un embryon particulier ou,

b) dans le cas d'une personne fournissant des gamètes, à l'utilisation ou à la conservation de tout embryon qui pourrait être conçu à partir de ces gamètes,

et, dans le cas prévu à l'alinéa b), le consentement peut être modifié ou révoqué, dans le respect des dispositions de la présente annexe, soit de manière générale, soit en ce qui concerne un ou plusieurs embryons particuliers.

*Procédure d'expression du consentement*

3. 1) Avant qu'une personne n'exprime un consentement au sens de la présente annexe :

a) elle doit disposer d'une réelle possibilité de se faire indiquer les implications des mesures envisagées, et

b) elle doit recevoir toutes les informations utiles.

2) Avant qu'une personne n'exprime un consentement au sens de la présente annexe, elle doit être informée des effets de l'article 4 ci-dessous.

*Modification et révocation du consentement*

4. 1) Quiconque a donné un consentement au sens de la présente annexe peut y apporter des modifications successives ou le révoquer, par notification à la personne responsable de la conservation des gamètes ou de l'embryon concernés.

2) Un consentement à l'utilisation d'un embryon ne peut plus être modifié ni révoqué une fois que l'embryon a été utilisé :

a) aux fins d'un traitement ou

b) aux fins d'un projet de recherche.

*Utilisation de gamètes aux fins du traitement d'autrui*

5. 1) Il est interdit d'utiliser les gamètes d'une personne aux fins du traitement d'autrui, sauf si cette personne est l'auteur d'un consentement effectif à ce qu'ils soient utilisés ainsi et s'ils sont utilisés dans les conditions prévues par ce consentement.

2) Il est interdit de recevoir les gamètes d'une personne pour les utiliser à ces fins, sauf si cette personne est l'auteur d'un consentement effectif à ce qu'ils soient utilisés ainsi.

3) Le présent paragraphe ne s'applique pas à l'utilisation des gamètes d'une personne aux fins du traitement de cette personne, ou du traitement conjoint de celle-ci et d'une autre.

*Fécondation in vitro et utilisation ultérieure de l'embryon*

6. 1) Il est interdit d'utiliser les gamètes d'une personne pour concevoir un embryon *in vitro*, sauf si cette personne est l'auteur d'un consentement effectif à ce que tout embryon qui serait conçu à partir de ces gamètes soit utilisé à une ou plusieurs des fins mentionnées au paragraphe 2 § 1) ci-dessus.

2) Nul ne peut recevoir un embryon conçu *in vitro*, sauf si chacune des personnes dont les gamètes ont servi à concevoir l'embryon est l'auteur d'un consentement effectif à ce que cet embryon soit utilisé à une ou plusieurs des fins mentionnées au paragraphe 2 § 1) ci-dessus.

3) Il est interdit d'utiliser, à quelque fin que ce soit, un embryon conçu *in vitro*, sauf si chacune des personnes dont les gamètes ont servi à concevoir l'embryon est l'auteur d'un consentement effectif à ce que cet embryon soit utilisé pour la fin envisagée et si l'embryon est utilisé conformément à ces consentements.

4) Tout consentement requis en vertu du présent article s'ajoute à tout consentement pouvant être requis en vertu du paragraphe 5 ci-dessus.

(...)

#### *Conservation des gamètes et des embryons*

8. 1) Il est interdit de conserver les gamètes d'une personne, sauf si cette personne est l'auteur d'un consentement effectif à leur conservation et s'ils sont conservés conformément à ce consentement.

2) Il est interdit de conserver un embryon conçu *in vitro*, sauf si chacune des personnes dont les gamètes ont servi à concevoir l'embryon est l'auteur d'un consentement effectif à la conservation de cet embryon et si celui-ci est conservé conformément à ces consentements.

3) Il est interdit de conserver un embryon prélevé chez une femme, sauf si celle-ci est l'auteur d'un consentement effectif à cette conservation et si l'embryon est conservé conformément à ce consentement. »

38. Dans l'arrêt de la Cour d'appel, les juges Thorpe et Sedley ont résumé ainsi les effets matériels de l'annexe 3 (paragraphe 25 ci-dessus) :

« i. Les personnes qui envisagent de conserver et/ou d'utiliser des embryons créés avec leurs gamètes doivent d'abord se voir offrir la possibilité de discuter avec des spécialistes ; ii. elles doivent en particulier être informées des conditions dans lesquelles le consentement à la conservation ou à l'utilisation d'un embryon peut être modifié ou révoqué ; iii. dans le consentement à l'utilisation d'un embryon, il doit être précisé si l'embryon sera utilisé aux fins du traitement de l'auteur du consentement, du traitement conjoint de cette personne et d'une autre, ou du traitement de personnes autres que l'auteur du consentement ; iv. un embryon peut être conservé uniquement tant qu'il existe un consentement effectif de ses deux géniteurs à sa conservation et conformément à ce consentement ; v. un embryon peut être utilisé uniquement tant qu'il existe un consentement effectif de ses deux géniteurs à son utilisation et conformément à ce consentement ; vi. chacune des personnes dont les gamètes ont servi à la conception d'un embryon peut modifier ou révoquer à tout moment son consentement à la conservation de cet embryon ; vii. il n'est plus possible de modifier ou de révoquer le consentement à l'utilisation d'un embryon une fois que celui-ci a été utilisé à des fins de traitement. »

## **B. La situation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et dans d'autres pays**

### *1. Les Etats membres du Conseil de l'Europe*

39. D'après les documents à la disposition de la Cour, dont un rapport intitulé « Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain – étude comparative sur la situation dans 39 pays » (Conseil de l'Europe, 1998), et les réponses des Etats membres du Conseil de l'Europe au « Questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée » préparé par le Comité directeur pour la bioéthique (Conseil de l'Europe, 2005), le traitement par FIV est encadré par des lois ou des règlements dans les pays suivants : Allemagne, Autriche, Azerbaïdjan, Bulgarie, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Fédération de Russie, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine et Royaume-Uni. La situation se présente différemment en Belgique, en Finlande, en Irlande, à Malte, en Lituanie, en Pologne, en République tchèque, en Serbie et en Slovaquie, où ce traitement est régi par la pratique clinique, par des directives professionnelles, par des décrets royaux ou administratifs ou par des principes constitutionnels généraux.

40. Il apparaît que la conservation des embryons est autorisée, pour des durées variables, dans tous les Etats susmentionnés où le traitement par FIV est encadré par des lois ou des règlements, sauf en Allemagne et en Suisse, où l'on ne peut, pendant un cycle de traitement, créer plus de trois embryons, et où les embryons créés doivent, en principe, être implantés immédiatement et ensemble, et en Italie, où la loi ne permet la congélation des embryons que pour des motifs médicaux exceptionnels et imprévus.

41. Au Danemark, en France, en Grèce, aux Pays-Bas et en Suisse, le droit, pour chacune des parties, de retirer librement son consentement à tout moment, tant que l'embryon n'a pas été implanté dans l'utérus de la femme, est expressément prévu par la loi. Il apparaît que la Belgique, la Finlande et l'Islande reconnaissent, dans leur législation ou en pratique, à chacune des personnes ayant fourni des gamètes la même liberté de retirer son consentement avant l'implantation.

42. Cependant, un certain nombre de pays envisagent différemment la question du consentement. Ainsi, la Hongrie autorise la femme à poursuivre le traitement malgré le décès de son partenaire ou le divorce du couple, sauf disposition expresse contraire formulée par le couple. En Autriche et en Estonie, l'homme ne peut révoquer son consentement que jusqu'au moment de la fécondation, après quoi c'est la femme qui décide seule si elle poursuit le traitement et quand. L'Espagne ne reconnaît à l'homme le droit de retirer son consentement que s'il est marié à la femme souhaitant procréer et s'il vit avec elle. En Allemagne et en Italie, aucune des parties ne peut

normalement retirer son consentement après la fécondation des ovules. En Islande, les embryons doivent être détruits si les donneurs de gamètes se séparent ou divorcent avant l'expiration de la période maximale de conservation.

## 2. Les Etats-Unis d'Amérique

43. Les parties renvoient en outre la Cour à la jurisprudence américaine et israélienne. Aux Etats-Unis, l'assistance médicale à la procréation ne fait pas partie des domaines régis par la législation fédérale, et seuls quelques Etats se sont dotés de lois concernant le retrait ultérieur du consentement par l'un des membres du couple. C'est donc aux tribunaux qu'il incombe de régler les conflits en la matière et il existe un certain nombre de décisions dans lesquelles les Cours suprêmes de divers Etats se sont prononcées sur le sort d'embryons conçus par FIV.

44. Dans l'affaire *Davis v. Davis* (842 S.W.2d 588, 597 ; Tenn. 1992), jugée en 1992, la Cour suprême du Tennessee statua ainsi :

« (...) pour statuer sur les conflits concernant le sort des pré-embryons conçus *in vitro*, il faut d'abord examiner les préférences de leurs géniteurs. Si celles-ci ne peuvent être déterminées, ou si elles sont incompatibles, il y a lieu d'appliquer l'accord préalable des parties concernant le sort des pré-embryons. En l'absence de pareil accord, il convient de peser les intérêts relatifs des parties à l'utilisation ou à la non-utilisation des pré-embryons. En règle générale, c'est la volonté de la partie souhaitant éviter la procréation qui prévaut lorsqu'on peut supposer que l'autre partie a une possibilité raisonnable de devenir parent par un moyen autre que l'utilisation des pré-embryons en question. Si tel n'est pas le cas, il faut prendre en considération les arguments en faveur de l'utilisation des pré-embryons aux fins d'une grossesse. Toutefois, si la partie qui cherche à se voir reconnaître le droit de décider du sort des pré-embryons a simplement l'intention d'en faire don à un autre couple, c'est évidemment l'intérêt de la partie opposée à leur utilisation qui est supérieur et qui doit donc prévaloir.

Mais la règle n'envisage pas l'institution d'un veto automatique (...) »

45. Dans l'affaire *Kass v. Kass* (98 N.Y. Int. 0049), le couple avait signé avec la clinique un accord stipulant que, « dans le cas où nous (...) serions dans l'impossibilité de prendre une décision concernant le sort de nos embryons congelés », ceux-ci pourraient être utilisés à des fins de recherche. Lorsque le couple se sépara, M<sup>me</sup> Kass voulut passer outre à cet accord et se faire implanter les embryons. Elle obtint gain de cause en première instance (le tribunal ayant estimé que, de la même manière qu'elle pouvait seule décider de procréer ou non, une femme devait avoir le dernier mot en matière de FIV), mais la cour d'appel de l'Etat de New York décida que l'accord existant était suffisamment clair et devait être respecté.

46. L'affaire *A.Z. v. B.Z.* (2000 431 Mass. 150, 725 N.E.2d 1051) concernait un litige où la femme voulait poursuivre le traitement alors que son mari y était opposé. Les époux avaient, là aussi, préalablement conclu un accord écrit, qui stipulait qu'en cas de séparation les embryons seraient donnés à la femme. La Cour suprême du Massachusetts estima toutefois qu'il ne fallait pas faire exécuter l'accord, notamment parce que, pour des motifs d'ordre public, « la procréation forcée ne peut faire l'objet d'une procédure d'exécution judiciaire ». Elle conclut que devait prévaloir « la liberté du choix personnel en matière de mariage et de vie familiale ».

47. La Cour suprême du New Jersey cita cette décision, en l'approuvant, dans l'arrêt *J.B. v. M.B.* (2001 WL 909294). En l'occurrence, c'était la femme qui demandait la destruction des embryons alors que le mari voulait en faire don à un autre couple ou les conserver en vue de les utiliser avec une future compagne. Des arguments d'ordre constitutionnel furent avancés à l'appui de la thèse de la femme, mais la Cour suprême refusa d'envisager la question sous cet angle, estimant que, en tout état de cause, il n'était pas certain que l'exécution du contrat sous seing privé supposé avoir été conclu porterait atteinte aux droits de l'intéressée. Compte tenu du fait que le père n'était pas stérile, la haute juridiction préféra s'inspirer du raisonnement suivi dans l'affaire *A.Z.* concernant l'ordre public, et ordonna que la volonté de la femme fût respectée.

48. Enfin, dans l'affaire *Litowitz v. Litowitz* (48 P. 3d 261, 271), la femme, qui avait eu des enfants avant de subir une hystérectomie, souhaitait que les embryons conçus avec le sperme de son ex-mari et les ovules d'une donneuse fussent implantés dans l'utérus d'une mère porteuse. L'ex-mari, de son côté, voulait faire don des embryons à un autre couple. En première instance et en appel le mari obtint gain de cause, mais en 2002 la Cour suprême de l'Etat de Washington, à la majorité, opta pour l'analyse contractuelle et décida qu'il fallait appliquer l'accord que le couple avait conclu avec la clinique, en vertu duquel la durée de conservation des embryons ne pouvait excéder cinq ans.

### 3. Israël

49. L'affaire *Nachmani v. Nachmani* (50(4) P.D. 661 (Isr)) concernait un couple israélien sans enfant qui avait décidé d'entreprendre un traitement par FIV, puis, la femme n'étant pas en mesure de mener une grossesse à terme, d'avoir recours à une mère porteuse en Californie. Le couple avait signé un accord avec la future mère porteuse ; en revanche, il n'avait conclu avec la clinique devant pratiquer la FIV aucun accord fixant le sort des embryons en cas de séparation. La femme se fit prélever ses onze derniers ovules, qui furent fécondés avec le sperme de son mari. Le couple se sépara avant l'implantation des embryons dans l'utérus de la mère porteuse, et le mari, qui entre-temps avait eu des enfants avec une autre femme, s'opposa à l'utilisation des embryons.

Le tribunal de district statua en faveur de la femme, estimant que le mari ne pouvait pas davantage retirer son consentement à avoir un enfant qu'un homme fécondant l'ovule de sa femme au travers d'un rapport sexuel. Un collège de cinq juges de la Cour suprême infirma cette décision en invoquant le droit fondamental de l'homme à ne pas être contraint à devenir père. L'affaire fut rejugée par la Cour suprême siégeant en un collège de onze juges. Par sept voix contre quatre, ceux-ci donnèrent gain de cause à la femme. Chacun des juges rédigea une opinion séparée. Les juges majoritaires estimèrent que les intérêts de la femme l'emportaient sur ceux de l'homme, notamment parce qu'elle était privée de toute autre possibilité de transmettre ses gènes à un enfant. Trois des juges minoritaires, dont le président, arrivèrent à la conclusion opposée, en soulignant que la femme savait que le consentement de son mari serait requis à chaque étape du traitement, et que leur accord ne pouvait plus s'appliquer après leur séparation. Le quatrième des juges minoritaires estima qu'une obligation de paternité ne pouvait être imposée à l'homme, dont le consentement préalable était nécessaire.

### C. Les textes internationaux pertinents

50. La règle générale énoncée à l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine se lit ainsi :

« Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé.

Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques.

La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement. »

51. Toujours au sein du Conseil de l'Europe, le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales, prédécesseur de l'actuel Comité directeur pour la bioéthique, a adopté une série de principes (CAHBI, 1989), dont le quatrième comporte la disposition suivante :

« 1. Les techniques de la procréation artificielle ne peuvent être utilisées que si les personnes concernées ont donné explicitement et par écrit, selon les dispositions nationales, leur consentement libre et éclairé.

(...) »

52. Enfin, l'article 6 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme énonce :

« Article 6 – Consentement

1. Toute intervention médicale de caractère préventif, diagnostique ou thérapeutique ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et

éclairé de la personne concernée, fondé sur des informations suffisantes. Le cas échéant, le consentement devrait être exprès et la personne concernée peut le retirer à tout moment et pour toute raison sans qu'il en résulte pour elle aucun désavantage ni préjudice.

(...) »

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

53. Dans sa requête initiale et dans ses observations devant la chambre, la requérante soutenait que les dispositions de la loi britannique qui imposaient la destruction des embryons une fois que J. avait retiré son consentement à leur conservation s'analysaient en une atteinte au droit à la vie des embryons contraire à l'article 2 de la Convention, dont la partie pertinente se lit ainsi :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. (...) »

54. Dans son arrêt du 7 mars 2006, la chambre a rappelé que, dans *Vo c. France* ([GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII), la Grande Chambre avait considéré qu'en l'absence d'un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relevait de la marge d'appréciation que la Cour estime généralement devoir être reconnue aux Etats dans ce domaine. Or, ainsi que l'ont précisé les juridictions internes dans la présente affaire, le droit britannique ne reconnaît pas à l'embryon la qualité de sujet de droit autonome et ne l'autorise pas à se prévaloir – par personne interposée – du droit à la vie garanti par l'article 2. Partant, la chambre a conclu qu'il n'y avait pas eu en l'espèce violation de cette disposition.

55. La Grande Chambre relève que dans ses observations écrites et orales la requérante n'a pas maintenu le grief tiré de l'article 2. Toutefois, étant donné que l'affaire renvoyée devant la Grande Chambre englobe nécessairement tous les aspects de la requête précédemment examinée par la chambre (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 140, CEDH 2001-VII), il y a lieu d'examiner la question sous l'angle de l'article 2.

56. Pour les raisons exposées par la chambre, la Grande Chambre estime que les embryons créés par la requérante et J. ne peuvent se prévaloir du droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention et qu'il n'y a donc pas violation de cette disposition.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

57. La requérante dénonce les dispositions de l'annexe 3 à la loi de 1990, en vertu desquelles, une fois ses ovules fécondés avec le sperme de J., celui-ci a pu rétracter son consentement. L'intéressée y voit une violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, qui énonce :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

### A. L'arrêt de la chambre

58. Dans son arrêt du 7 mars 2006, la chambre a dit, en résumé, que l'article 8 trouvait à s'appliquer, la notion de « vie privée » recouvrant également le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir. La question qui se posait au regard de l'article 8 était de « savoir si celui-ci fai[sai]t peser sur l'Etat l'obligation positive de garantir aux femmes se soumettant à ce type de traitement dans le but spécifique de donner naissance à un enfant de leur sang la possibilité de se faire implanter un embryon conçu à partir des gamètes de leur ex-partenaire en cas de rétractation de celui-ci de l'engagement pris à cet égard ».

59. Constatant qu'il n'y avait pas, aux niveaux international et européen, de consensus sur la réglementation des traitements par FIV, sur l'utilisation des embryons issus de semblables traitements et sur le point de savoir jusqu'à quel moment l'un des participants à un traitement pouvait revenir sur son consentement à l'utilisation des gamètes prélevés, et que le recours au traitement par FIV suscitait de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, la chambre a estimé qu'il y avait lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation.

60. La loi de 1990 avait été adoptée à l'issue d'une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie humaines. Elle avait pour objectif de garantir un consentement effectif des intéressés, depuis le début du traitement jusqu'à l'implantation des embryons. S'il était vrai qu'en raison de la gravité de l'état de santé de la requérante celle-ci et son compagnon avaient dû se déterminer sur la fécondation des ovules de la première sans avoir pu consacrer à cette

question le temps qu'il était généralement souhaitable de prendre pour y réfléchir et obtenir conseil, il n'était pas contesté que chacun d'eux avait été informé de la possibilité qui lui était ouverte, aussi longtemps que les embryons conçus par ce procédé n'étaient pas implantés, de retirer son consentement. Comme c'était le cas dans les affaires *Pretty c. Royaume-Uni* (n° 2346/02, CEDH 2002-III) et *Odièvre c. France* ([GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III), la décision du législateur d'opter pour une règle claire ou « d'application stricte » (« *bright-line rule* ») – qui avait pour double objectif de favoriser la sécurité juridique et de préserver la confiance que le droit devait inspirer à l'opinion dans un domaine sensible – s'appuyait sur des considérations d'ordre public impérieuses. Comme les tribunaux internes, la chambre a considéré que l'absence de dispositions permettant de passer outre à la révocation par un parent biologique de son consentement, même dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, n'était pas de nature à rompre le juste équilibre exigé par l'article 8 ou à excéder l'ample marge d'appréciation dont bénéficiait l'Etat.

## **B. Thèses des parties**

### *1. La requérante*

61. La requérante reconnaît la nécessité d'un cadre réglementaire pour le recours à la médecine reproductive mais soutient que le principe selon lequel il ne peut être dérogé au veto opposé par l'un ou l'autre donneur de gamètes à l'utilisation des embryons n'est ni nécessaire ni proportionné.

62. Le traitement par FIV impliquerait un investissement personnel et une charge émotionnelle bien plus importants pour la femme que pour l'homme : en dehors du don de sperme celui-ci n'aurait aucun rôle physique actif à jouer dans le processus. La femme, en revanche, donnerait des ovules – qui sont en quantité limitée – après avoir subi une série d'interventions médicales, parfois douloureuses, destinées à maximiser les chances de prélèvement. Le droit en vigueur impliquerait qu'une femme ayant les mêmes antécédents médicaux qu'elle n'aurait plus jamais la possibilité de tenter de concevoir un enfant à partir de ses propres gamètes. L'investissement émotionnel et physique de la femme dans le processus serait bien supérieur à celui de l'homme et justifierait de favoriser les droits de la femme au regard de l'article 8. Or, d'après la requérante, la loi de 1990 aurait pour effet de soumettre ses droits et libertés en matière de procréation au caprice de J. Celui-ci, après s'être engagé dans le projet de conception d'embryons avec la requérante, en lui offrant les assurances nécessaires pour la convaincre d'entreprendre le traitement, aurait pu abandonner ensuite le projet quand bon lui semblait, n'assumant aucune responsabilité relativement à sa décision initiale de s'impliquer, et n'ayant pas même l'obligation d'expliquer son comportement.

63. L'impact des dispositions relatives au consentement figurant dans la loi de 1990 serait tel qu'une femme dans la situation de la requérante n'aurait aucune garantie quant à ses chances de porter un enfant, le donneur de gamètes, connu ou anonyme, pouvant, par caprice, révoquer son consentement à l'utilisation des embryons conçus avec son sperme. La médecine reproductive aurait en partie pour objectif de fournir une solution possible à ceux qui autrement ne pourraient procréer. Cet objectif se trouverait réduit à néant si aucune dérogation n'était possible dans des circonstances exceptionnelles.

64. Que l'on envisage le rôle de l'Etat sous l'angle d'une obligation positive de prendre des mesures raisonnables et appropriées pour garantir à l'individu les droits protégés par l'article 8, ou sous celui d'une ingérence exigeant une justification, il ressortirait clairement de la jurisprudence qu'il faut ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents. Une législation ne reconnaissant pas que peuvent survenir des situations exceptionnelles, exigeant un traitement différent, ne répondrait à aucune nécessité. En l'espèce, le litige opposerait essentiellement les droits respectifs de deux individus, et non ceux de l'Etat et d'un individu. Pour régler un conflit entre individus, il y aurait lieu de soumettre les situations respectives à un examen judiciaire. La requérante indique qu'en l'espèce la clinique est prête et disposée à la traiter, et estime qu'elle devrait être autorisée à le faire. Par ailleurs, la chambre aurait exagéré l'obligation invoquée par elle : elle n'irait pas jusqu'à soutenir que l'Etat doit garantir l'obtention par elle de l'autorisation de se faire implanter les embryons litigieux.

65. Selon l'intéressée, un examen objectif de l'affaire Nachmani (paragraphe 49 ci-dessus) et de la jurisprudence des tribunaux américains (paragraphe 43-48 ci-dessus) étaye sa propre thèse. L'affaire Nachmani serait celle dont les faits se rapprochent le plus de l'espèce, mais la requérante estime que ses arguments sont plus solides car elle souhaite faire implanter les embryons dans son corps, et non avoir recours à une mère porteuse. Toutes les décisions rendues aux Etats-Unis sembleraient soit appliquer, soit au moins reconnaître un critère de mise en balance des droits et/ou intérêts relativement aux embryons. En outre, une de ces affaires seulement aurait été tranchée sur la base d'un conflit entre ordre public et droits individuels ; la jurisprudence viendrait donc étayer l'argument de la requérante selon lequel aucun intérêt public ne se trouve en jeu. Quant à la situation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, la requérante relève que la chambre s'est appuyée sur des documents dont les parties n'ont pas eu connaissance, mais elle reconnaît qu'il n'y a pas de consensus en Europe sur la question de savoir si, d'une manière générale, l'homme doit pouvoir révoquer son consentement à tout moment avant l'implantation ou uniquement jusqu'au moment de la fécondation. Elle invite toutefois la Cour à examiner les éléments dont elle dispose quant à la façon dont les

Etats membres du Conseil de l'Europe trancheraient une affaire dont les faits seraient analogues à ceux de l'espèce. Elle s'interroge sur la rigidité des règles en vigueur dans ces Etats, y compris au sein des quatre qui, d'après l'arrêt de la chambre, autorisent un retrait du consentement à tout moment avant l'implantation.

66. Si la requérante admet qu'elle ne peut plus se prétendre victime de l'instruction donnée par J. à la clinique de mettre fin à la conservation des embryons, puisque la durée légale maximale de conservation était dépassée au moment de l'audience devant la Grande Chambre, elle soutient qu'il n'est ni nécessaire ni proportionné de donner un tel pouvoir à un seul donneur de gamètes. Les embryons humains seraient spéciaux : ce serait la philosophie sous-jacente à la loi de 1990. Or celle-ci permettrait à un seul membre du couple de détruire, par caprice, les embryons créés par le couple ; même un animal domestique serait mieux protégé par la loi.

## *2. Le Gouvernement*

67. Le Gouvernement défend l'idée que la chambre s'est trompée en parlant d'un retrait par J. d'un consentement qu'il aurait donné à l'utilisation de ses gamètes ou d'une tentative entreprise par la requérante pour obliger J. à tenir parole. En vérité, J. n'aurait jamais consenti au traitement que la requérante souhaite suivre, son engagement s'étant toujours limité à un traitement conjoint avec l'intéressée. En pratique, le consentement reposait sur la poursuite de la relation du couple. Celle-ci terminée, la requérante aurait émis le souhait de poursuivre le traitement seule, et le consentement donné par J. ne pourrait s'étendre à la nouvelle situation.

68. Selon le Gouvernement, la loi de 1990 visait à promouvoir des objectifs et intérêts étroitement liés : le droit de la femme à l'autodétermination relativement à la grossesse une fois l'embryon implanté, la primauté d'un consentement libre et éclairé à toute intervention médicale, les intérêts du ou des enfants pouvant naître du traitement par FIV, l'égalité de traitement entre les parties, la promotion de l'efficacité et de l'utilisation de la FIV et des techniques associées, la clarté et la sécurité des rapports entre les partenaires.

69. Il plaide que, compte tenu de la complexité des questions morales et éthiques que soulèvent les traitements par FIV, sur lesquels des divergences d'opinions marquées peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu de reconnaître aux Etats une ample marge d'appréciation dans ce domaine. Il n'existerait pas de communauté de vues aux niveaux international ou européen sur le point de savoir jusqu'à quel moment un donneur de sperme doit pouvoir être autorisé à révoquer de manière effective son consentement et à s'opposer à l'utilisation de son matériel génétique. L'attribution d'une ample marge d'appréciation aux autorités nationales se justifierait également par le motif qu'il leur incombe

de ménager un équilibre entre les intérêts antagonistes de deux individus ayant l'un comme l'autre, en vertu de la Convention, droit au respect de leur vie privée.

70. Le fait que la règle autorisant chacune des parties à retirer son consentement aussi longtemps qu'il n'y a pas eu implantation de l'embryon ne tolère aucune exception (règle « d'application stricte » (« *bright-line rule* »)) ne rendrait pas en soi la législation disproportionnée. Si l'on admettait des exceptions à cette règle, l'objectif légitime poursuivi par le Parlement – à savoir garantir que toute implantation repose sur le consentement des deux parties intéressées – ne serait pas atteint. Il en résulterait des situations complexes et un risque d'arbitraire, et les juridictions internes se trouveraient contraintes, comme en l'espèce, de rechercher un équilibre entre des intérêts individuels inconciliables.

### C. Appréciation de la Cour

#### 1. La nature des droits en jeu au regard de l'article 8

71. Les parties s'accordent à considérer que l'article 8 trouve à s'appliquer et que le présent litige se rapporte au droit de la requérante au respect de sa vie privée. La Grande Chambre souscrit au point de vue de la chambre selon lequel la notion de « vie privée », notion large qui englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (*Pretty*, arrêt précité, § 61), recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent.

72. Toutefois, il y a lieu de noter que la requérante n'allègue pas qu'elle se trouve en aucune manière empêchée de devenir mère aux sens social, juridique, et même physique du terme, ni le droit ni la pratique internes ne lui interdisant d'adopter un enfant, voire de donner naissance à un enfant conçu *in vitro* avec les gamètes de donneurs. L'intéressée se plaint plus précisément que les dispositions de la loi de 1990 relatives au consentement l'empêchent d'utiliser les embryons créés conjointement par elle et J. et donc, vu sa situation personnelle, d'avoir un enfant avec lequel elle ait un lien génétique. La Grande Chambre estime que cette question plus restreinte, qui concerne le droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme, relève également de l'article 8.

73. Le dilemme au cœur de la présente affaire tient au fait que se trouvent en conflit les droits puisés dans l'article 8 par deux individus : la requérante et J. En outre, l'intérêt de chacun est totalement inconciliable avec celui de l'autre, puisque si la requérante est autorisée à recevoir les embryons, J. sera contraint de devenir père, et que si le refus ou la

révocation par J. de son consentement est confirmé, la requérante se verra privée de la possibilité de devenir parent au sens génétique du terme. Dans les circonstances difficiles de l'espèce, quelle que soit la solution adoptée par les autorités nationales, les intérêts de l'une des parties au traitement par FIV seront entièrement déçus (*Odièvre*, arrêt précité, § 44).

74. En outre, la Grande Chambre, à l'instar de la chambre, souscrit à l'argument du Gouvernement (paragraphe 68 ci-dessus) selon lequel l'affaire ne concerne pas simplement un conflit entre individus : la législation en question poursuit également un certain nombre d'intérêts plus vastes, d'ordre général, puisque, par exemple, elle protège le principe de la primauté du consentement et tend à promouvoir la clarté et la sécurité juridiques (*Odièvre*, arrêt précité, § 45). La Grande Chambre examinera ci-après dans quelle mesure l'Etat pouvait, au regard de l'article 8, accorder du poids à ces considérations.

2. *Sur le point de savoir si l'affaire concerne une obligation positive ou une ingérence*

75. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée, jusque dans les relations des individus entre eux. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (*Odièvre*, arrêt précité, § 40).

76. Dans le cadre de la procédure interne, les parties et les juges ont analysé le litige comme mettant en cause une ingérence de l'Etat dans l'exercice par la requérante de son droit au respect de sa vie privée, les dispositions pertinentes de la loi de 1990 empêchant la clinique de poursuivre le traitement de l'intéressée dès lors que J. l'avait avisée qu'il n'était pas consentant. Pour sa part, la Grande Chambre, comme la chambre, juge plus approprié d'examiner la cause sous l'angle des obligations positives, la question principale étant, comme dans l'affaire *Odièvre* précitée, de savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives incriminées a ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu. A ce propos, la Grande Chambre souscrit aux conclusions des juridictions nationales selon lesquelles J. n'avait jamais consenti à ce que la requérante utilisât seule les embryons créés par le couple – son consentement s'étant limité à un traitement « conjoint » avec la requérante (paragraphe 24 ci-dessus). Contrairement au Gouvernement

(paragraphe 67 ci-dessus), elle estime que le point de savoir si dans ces conditions J. doit passer pour avoir « refusé » et non « retiré » son consentement à l'implantation des embryons n'est pas important pour les questions à trancher au regard de la Convention.

### 3. La marge d'appréciation

77. Pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation reconnue à l'Etat dans une affaire soulevant des questions au regard de l'article 8, il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est restreinte (voir, par exemple, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, §§ 24 et 27, série A n° 91 ; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI ; voir également *Pretty*, arrêt précité, § 71). Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II ; *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I ; *Christine Goodwin*, arrêt précité, § 85 ; voir également, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Vo* précité, § 82). La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention (*Odièvre*, arrêt précité, §§ 44-49, et *Fretté*, arrêt précité, § 42).

78. Les questions soulevées par la présente affaire revêtent sans conteste un caractère moralement et éthiquement délicat et, à cet égard, la Cour renvoie aux commentaires formulés par Lord Bingham dans l'affaire *Quintavalle* (paragraphe 34 ci-dessus).

79. En outre, si la Cour tient compte de l'argument de la requérante selon lequel il faut traiter les données de droit comparé avec prudence, il est clair au moins, et l'intéressée ne le conteste pas, qu'il n'existe pas une approche européenne uniforme dans ce domaine. Certains Etats ont adopté des lois ou des règlements pour encadrer le recours au traitement par FIV, alors que d'autres s'en remettent en la matière à la pratique et à des directives médicales. Le Royaume-Uni n'est certes pas le seul Etat à permettre la conservation d'embryons et à autoriser les deux donneurs de gamètes à revenir librement et effectivement sur leur consentement tant qu'il n'y a pas eu implantation des embryons, mais d'autres règles et pratiques se rencontrent ailleurs en Europe. On ne peut dire qu'il existe un consensus sur le point de savoir à partir de quel moment du traitement par FIV le consentement des donneurs de gamètes doit être réputé irrévocable (paragraphe 39-42 ci-dessus).

80. La requérante soutient qu'eu égard à la plus grande ampleur de son investissement physique et émotionnel durant le traitement par FIV et à sa stérilité ultérieure ses droits garantis par l'article 8 doivent primer ceux de J., mais il apparaît à la Cour que, sur ce point non plus, il n'y a pas de consensus clair. La Cour d'appel a évoqué la difficulté de comparer les effets qu'emporterait pour J. le fait d'être contraint de devenir père d'un enfant de la requérante et les effets qui résulteraient pour la requérante du fait d'être privée de toute chance d'avoir un enfant biologique (paragraphe 25-26 ci-dessus) ; cette difficulté se reflète également dans la diversité des avis exprimés par les deux collèges de la Cour suprême israélienne dans l'affaire Nachmani et dans la jurisprudence des tribunaux américains (paragraphe 43-49 ci-dessus).

81. En conclusion, dès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 44).

82. Comme la chambre, la Grande Chambre estime que cette marge d'appréciation doit en principe s'appliquer tant à la décision de l'Etat d'adopter ou non une loi régissant le recours au traitement par FIV, que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées par lui pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit.

#### 4. *Respect de l'article 8*

83. Il reste à la Cour à déterminer si, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'application d'une loi autorisant J. à révoquer de manière effective ou à refuser son consentement à l'implantation dans l'utérus de la requérante des embryons conçus conjointement par les deux membres du couple a ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu.

84. Le fait qu'il soit aujourd'hui techniquement possible de conserver des embryons humains à l'état congelé a pour conséquence qu'il existe désormais une différence essentielle entre une fécondation *in vitro* et une fécondation consécutive à un rapport sexuel, à savoir la possibilité de laisser s'écouler un laps de temps, qui peut être important, entre la création d'embryons et leur implantation dans l'utérus. Pour la Cour, il est légitime – et d'ailleurs souhaitable – qu'un Etat mette en place un cadre juridique tenant compte de cette possibilité de différer le transfert d'un embryon. La solution adoptée au Royaume-Uni dans la loi de 1990 consistait à limiter à cinq ans la durée légale de conservation d'un embryon. En 1996, un texte réglementaire a porté cette durée à dix ans et plus dans les cas où l'un des donneurs de gamètes ou la future mère est stérile ou risque de le devenir prématurément, tout en précisant que les embryons ne peuvent jamais être

conservés après que la femme qui doit les recevoir a dépassé l'âge de cinquante-cinq ans (paragraphe 36 ci-dessus).

85. Ces dispositions sont complétées par une obligation faite à la clinique dispensant le traitement de solliciter de chaque donneur de gamètes un consentement écrit préalable précisant notamment le type de traitement pour lequel l'embryon est censé être utilisé (annexe 3, article 2 § 1, à la loi de 1990), la durée maximale de conservation et les mesures à prendre en cas de décès ou d'incapacité du donneur (annexe 3, article 2 § 2). En outre, l'article 4 de l'annexe 3 énonce que « quiconque a donné un consentement au sens de la présente annexe peut y apporter des modifications successives ou le révoquer, par notification à la personne responsable de la conservation des gamètes ou de l'embryon concernés (...) » tant que l'embryon n'a pas été « utilisé » (c'est-à-dire implanté dans l'utérus ; paragraphe 37 ci-dessus). Certains Etats, qui ont des cultures religieuses, sociales et politiques différentes, ont adopté d'autres solutions pour tenir compte de la possibilité technique d'un décalage entre la fécondation et l'implantation (paragraphe 39-42 ci-dessus). Pour les motifs exposés ci-dessus (paragraphe 77-82), la Grande Chambre estime que c'est d'abord à chaque Etat qu'il appartient de décider des principes et politiques à appliquer dans ce domaine sensible.

86. A cet égard, la Grande Chambre partage l'avis de la chambre selon lequel il importe de noter que la loi de 1990 a été adoptée après une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie humaines et qu'elle est le fruit d'un vaste ensemble de réflexions, de consultations et de débats (voir, *mutatis mutandis*, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 128, CEDH 2003-VIII).

87. Les problèmes pouvant découler des progrès scientifiques enregistrés dans la conservation des embryons humains ont été abordés dès 1984, dans le rapport de la commission Warnock, qui préconisait de fixer à dix ans la durée maximale de conservation des embryons destinés à l'utilisation personnelle d'un couple ; passé ce délai, le droit d'utilisation ou de destruction devait être conféré à un organisme compétent pour les questions de conservation. En cas de désaccord dans un couple sur l'utilisation d'embryons créés conjointement, le droit de décider de l'utilisation ou de la destruction des embryons devait être conféré à l'« organisme compétent pour les questions de conservation ». Le livre vert élaboré à la suite du rapport Warnock invitait précisément les secteurs intéressés de l'opinion publique à se prononcer sur le sort qu'il fallait réserver à un embryon en cas de désaccord dans un couple quant à son utilisation ou sa destruction. Le livre blanc publié en 1987 relevait que ceux qui avaient répondu et qui estimaient que la conservation devait être autorisée souscrivaient pour l'essentiel aux recommandations de la commission, mais que certains d'entre eux rejetaient l'idée de conférer à

l'« organisme compétent pour les questions de conservation » le droit de décider du sort de l'embryon en cas de conflit entre les donneurs. Le gouvernement proposa alors de fonder la loi sur les principes clairs suivants : « les souhaits du donneur priment pendant la période de conservation autorisée des embryons ou des gamètes, et à l'expiration de cette période les embryons ne peuvent être utilisés à d'autres fins par l'organisme agréé que si le donneur y a consenti ». Le livre blanc exposait également dans le détail les propositions quant au consentement, lesquelles, après de nouvelles consultations, furent adoptées par le législateur et incorporées à l'annexe 3 à la loi de 1990 (paragraphe 29-33 ci-dessus).

88. En vertu de cette annexe, toutes les cliniques qui proposent des traitements par FIV ont l'obligation légale d'expliquer les dispositions relatives au consentement aux personnes entreprenant un tel traitement et de recueillir leur consentement par écrit (paragraphe 37 ci-dessus). Nul ne conteste que cette obligation a été respectée en l'espèce et que la requérante et J. ont tous deux signé les formulaires de consentement prévus par la loi. Si, en raison de l'urgence liée à sa situation médicale, la requérante a dû se déterminer rapidement et dans une situation d'anxiété extrême, elle savait, lorsqu'elle consentit à ce que tous ses ovules fussent fécondés avec le sperme de J., qu'elle n'en aurait plus d'autres, qu'elle ne pourrait faire implanter les embryons avant un certain temps, dès lors qu'il lui fallait d'abord terminer le traitement de son cancer, et que, en vertu de la loi, J. pourrait à tout moment retirer son consentement à l'implantation.

89. Si la requérante critique les dispositions du droit national relatives au consentement en ce qu'elles ne souffrent aucune dérogation, la Cour estime que le caractère absolu de la loi n'est pas, en soi, nécessairement incompatible avec l'article 8 (voir, également, *Pretty* et *Odièvre*, arrêts précités). La décision du législateur d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception, afin que toute personne donnant des gamètes aux fins d'un traitement par FIV puisse avoir la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement, procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par FIV. Au-delà du principe en jeu, le caractère absolu de la règle en cause vise à promouvoir la sécurité juridique et à éviter les problèmes d'arbitraire et d'incohérence inhérents à la mise en balance, au cas par cas, de ce que la Cour d'appel a décrit comme étant des intérêts « parfaitement incommensurables » (paragraphe 25-26 ci-dessus). Pour la Cour, les intérêts généraux poursuivis par la loi sont légitimes et compatibles avec l'article 8.

90. Quant à l'équilibre ménagé entre les droits conflictuels que les parties à un traitement par FIV peuvent puiser dans l'article 8, la Grande Chambre, tout comme les autres juridictions ayant eu à connaître de l'affaire, compatit à la situation de la requérante, qui désire manifestement

par-dessus tout un enfant de son sang. Toutefois, eu égard à ce qui précède, et notamment à l'absence de consensus européen sur la question (paragraphe 79 ci-dessus), la Grande Chambre estime qu'il n'y a pas lieu d'accorder davantage de poids au droit de la requérante au respect de son choix de devenir parent au sens génétique du terme qu'à celui de J. au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant biologique avec elle.

91. La Cour reconnaît que le Parlement aurait pu régler la situation différemment. Toutefois, comme la chambre l'a fait observer, la question centrale qui se pose au regard de l'article 8 n'est pas de savoir s'il était loisible au législateur d'opter pour d'autres dispositions, mais de déterminer si, dans l'établissement de l'équilibre requis, le Parlement a excédé la marge d'appréciation qui est la sienne en la matière.

92. Eu égard à l'absence de consensus européen, au fait que les dispositions du droit interne étaient dépourvues d'ambiguïté, qu'elles avaient été portées à la connaissance de la requérante et qu'elles ménageaient un juste équilibre entre les intérêts en conflit, la Grande Chambre estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

93. Dans sa requête et dans la procédure devant la chambre, la requérante se plaignait en outre d'une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, dans la mesure où une femme apte à procréer sans assistance médicale pourrait choisir en toute liberté et en dehors de toute influence le sort devant être réservé à ses ovules fécondés, alors qu'une femme dans sa situation, c'est-à-dire incapable de procréer sans avoir recours à une FIV, se trouverait, du fait de la loi de 1990, à la merci du donneur de sperme.

94. Dans ses observations à la Grande Chambre toutefois, la requérante a indiqué que ses griefs sur le terrain des articles 8 et 14 étaient inextricablement liés et que si la Cour devait estimer que la disposition contestée du droit interne est proportionnée sous l'angle de l'article 8, il lui faudrait conclure également qu'elle est raisonnablement et objectivement justifiée au regard de l'article 14.

95. La Grande Chambre, à l'instar de la chambre et des parties, estime qu'elle n'a pas à statuer sur la question de savoir si la requérante peut se plaindre d'une différence de traitement par rapport à une autre femme qui se trouverait dans une situation analogue à la sienne. Elle considère en effet que les motifs qui l'ont amenée à conclure à l'absence de violation de l'article 8 constituent également une justification objective et raisonnable aux fins de l'article 14 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Pretty*, précité, § 89).

96. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention en l'espèce.

**PAR CES MOTIFS, LA COUR**

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention ;
2. *Dit*, par treize voix contre quatre, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;
3. *Dit*, par treize voix contre quatre, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ;

Fait en anglais et en français, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 10 avril 2007.

Erik Fribergh  
Greffier

Christos Rozakis  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion dissidente commune aux juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann et Ziemele.

C.L.R.  
E.F.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES TÜRMEŒN,  
TSATSA-NIKOLOVSKA, SPIELMANN ET ZIEMEŒLE

(Traduction)

1. Nous avons voté contre les constats de non-violation de l'article 8 de la Convention et de l'article 14 combiné avec l'article 8.

2. La requérante en l'espèce se plaignait que l'impact des dispositions relatives au consentement figurant dans la loi de 1990 était tel qu'une femme dans sa situation n'avait aucun moyen de garantir ses chances de porter un enfant de son sang. Selon elle, la médecine reproductive a en partie pour objectif de fournir une solution possible à ceux qui autrement ne pourraient procréer. Or cet objectif se trouverait réduit à néant si aucune dérogation n'était possible dans des circonstances exceptionnelles (paragraphe 62-64 de l'arrêt).

3. Pour la Cour comme pour les parties, l'article 8 est applicable et l'affaire concerne le droit de la requérante au respect de sa vie privée (paragraphe 71). La Cour précise (paragraphe 72) que la question plus restreinte du droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme relève également de l'article 8. Nous souscrivons au raisonnement de la Cour concernant l'applicabilité de l'article 8 et la question plus spécifique en jeu. Nous tenons toutefois à souligner l'importance de la précision donnée par la Cour quant à l'applicabilité de l'article 8 dans les circonstances de l'espèce.

4. Dans son arrêt, la Cour examine la nature des droits en jeu au regard de l'article 8 (paragraphe 71-74) et le point de savoir si l'affaire concerne une obligation positive ou une ingérence (paragraphe 75-76). Au sujet de la première question, elle indique que l'affaire a trait à un conflit entre les droits puisés dans l'article 8 par deux individus (paragraphe 73) et ajoute que la législation en cause poursuit également un certain nombre d'intérêts plus vastes, d'ordre général, en protégeant le principe de la primauté du consentement et en cherchant à promouvoir la clarté et la sécurité juridiques (paragraphe 74). Jugeant plus approprié d'examiner la cause sous l'angle des obligations positives, la Cour indique que la question principale consiste à savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives incriminées a ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu (paragraphe 76). Par ailleurs, la Cour considère que, dès lors que le recours au traitement par fécondation *in vitro* (FIV) suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation (paragraphe 81). Cette marge d'appréciation doit en principe, d'après la

Cour, s'appliquer tant à la décision de l'Etat d'adopter ou non une loi régissant le recours au traitement par FIV que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées par lui pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit (paragraphe 82).

5. Nous ne pouvons souscrire à l'appréciation de la Cour selon laquelle il est plus approprié d'examiner la question sous l'angle des obligations positives.

6. L'affaire concerne selon nous une atteinte au droit de la requérante au respect de sa décision de devenir parent au sens génétique du terme. Nous pouvons admettre que l'ingérence était prévue par la loi et qu'elle poursuivait des buts légitimes, à savoir la défense de l'ordre public et de la morale et la protection des droits d'autrui. Mais cette ingérence était-elle nécessaire et proportionnée, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce ? Pour les raisons que nous exposons ci-dessous, nous estimons quant à nous que le droit pour la requérante de décider de devenir parent, au sens génétique du terme, pèse plus lourd que le droit pour J. de décider de ne pas devenir parent.

i. La loi de 1990 ne prévoit pas la possibilité de prendre en considération la situation médicale très particulière de la requérante. Nous admettons, avec la majorité, que notamment lorsqu'une question revêt une nature moralement et éthiquement délicate, une règle d'interprétation stricte est peut-être la plus appropriée pour servir au mieux les divers intérêts, souvent conflictuels, en jeu. On dit que « l'avantage d'une loi claire est qu'elle offre de la sécurité ». Mais on admet également que « son désavantage est que si elle est trop claire – catégorique – elle offre trop de sécurité et aucune flexibilité »<sup>1</sup>. Dès lors, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, le problème principal réside dans la nature absolue de la « règle d'interprétation stricte » en cause.

ii. En l'espèce, la démarche suivie par la majorité n'a pas simplement pour conséquence de contrecarrer la décision prise par la requérante d'avoir un enfant de son sang, elle emporte suppression effective de toute possibilité pour elle d'avoir un tel enfant, privant de toute effectivité pareille décision qui serait prise maintenant ou à quelque moment que ce soit dans l'avenir.

7. Aussi jugeons-nous disproportionnée l'application faite de la loi de 1990 dans les circonstances particulières de la cause. En raison de sa nature absolue, la législation incriminée empêche dans un cas tel celui de l'espèce la mise en balance des intérêts en conflit. En fait, même si la majorité admet qu'il s'agit de ménager un équilibre entre les intérêts conflictuels que les parties à un traitement par FIV peuvent puiser dans l'article 8

---

1. Voir M.-B. Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 93.

(paragraphe 90), aucune mise en balance n'est possible dans les circonstances de la cause, puisque la décision entérinant le choix fait par J. de ne pas devenir père implique une annulation absolue et définitive de la décision de la requérante. Le fait de vider de sa substance ou de son sens la décision de l'une des deux parties ne peut s'analyser en une mise en balance des intérêts. Il convient de noter que l'affaire ne concerne pas la possibilité d'adopter un enfant ni celle de donner naissance à un enfant conçu *in vitro* avec les gamètes de donneurs (paragraphe 72). Incidemment, J. sera toujours capable de prendre la décision de devenir père d'un enfant biologique, tandis que pour la requérante c'était sa dernière chance.

8. Par ailleurs, la requérante a subi le 26 novembre 2001 l'ablation de ses ovaires. En conséquence, les ovules prélevés sur elle aux fins d'un traitement par FIV étaient sa dernière chance d'avoir un enfant de son sang. Non seulement J. en était parfaitement conscient, mais il donna à sa compagne de l'époque l'assurance qu'il souhaitait être le père de son enfant. Sans pareille assurance, la requérante aurait pu chercher à avoir un enfant biologique en utilisant d'autres méthodes. Au paragraphe 90 de l'arrêt, où la majorité tente de ménager un équilibre entre les droits et intérêts de la requérante et ceux de J., aucun poids n'est accordé à cet aspect « assurance », au fait que la requérante a agi de bonne foi en se fondant sur l'assurance reçue de J. La date décisive est le 12 novembre 2001 : c'est la date à laquelle les ovules de la requérante ont été fécondés et six embryons créés. A compter de cette date, J. n'était plus maître de son sperme. Un embryon est une production conjointe de deux personnes qui, une fois implantée dans un utérus, se transforme pour finalement donner un enfant. Un acte consistant à détruire un embryon implique donc également la destruction de l'ovule de la femme. De ce point de vue également, la législation britannique est restée en défaut de ménager le juste équilibre requis.

9. Les circonstances particulières de l'espèce nous amènent à considérer que les intérêts de la requérante pèsent plus lourd que les intérêts de J. et que le fait que les autorités britanniques en ont jugé autrement doit s'analyser en une violation de l'article 8.

10. Là encore, nous tenons à souligner que, comme la majorité, nous estimons que la loi de 1990 n'est pas, en soi, contraire à l'article 8 et que le principe du consentement est important pour le traitement par FIV. Nous admettons que, lorsque l'on regarde les législations pertinentes dans les autres Etats, différentes approches s'en dégagent et que la Cour a raison de dire qu'il n'existe pas, au niveau européen, de consensus sur les détails de l'encadrement juridique du traitement par FIV. Comme nous l'avons dit ci-dessus, toutefois, nous faisons de la présente espèce une analyse différente de la majorité car les circonstances qui la caractérisent nous font regarder au-delà de la simple question du consentement au sens contractuel du terme. Les valeurs et questions en jeu, du point de vue de la situation de la

requérante, revêtent un poids important, négligé par l'approche purement contractuelle adoptée en l'espèce.

11. Compte tenu de la gravité de la question et de la nature extrême de la situation de la requérante, il nous paraît difficile d'inférer quoi que ce soit du fait que celle-ci savait que, « en vertu de la loi, J. pourrait à tout moment retirer son consentement à l'implantation » (paragraphe 88). Il n'est évidemment pas possible que l'on suggère que M<sup>me</sup> Evans, après toutes ses épreuves, aurait dû envisager l'éventualité de voir J. retirer son consentement. Là encore il est manifeste que l'affaire ne pouvait guère se traiter par une application formaliste des règles juridiques qui encadraient le traitement par FIV.

12. Une affaire aussi sensible que celle-ci ne peut être tranchée sur une base simpliste et mécanique consistant à dire qu'il n'y a aucun consensus en Europe et que, dès lors, l'Etat défendeur bénéficie d'une ample marge d'appréciation, qui s'étend aux règles adoptées aux fins de ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit.

Certes, les Etats disposent d'une ample marge d'appréciation lorsqu'il s'agit d'adopter des règles régissant le recours à la FIV. La marge d'appréciation ne doit toutefois pas empêcher la Cour d'exercer son contrôle, en particulier relativement à la question de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre tous les intérêts conflictuels en jeu au niveau interne<sup>1</sup>.

---

1. Nous tenons à souligner que dans son récent arrêt *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) c. Royaume-Uni*, n° 11002/05, § 46, 27 février 2007, la Cour a redit clairement comment elle conçoit le rôle de la marge d'appréciation : « Enfin, lorsqu'il recherche un juste équilibre entre les intérêts concurrents, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres arrêts, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 98, CEDH 2003-VIII). Toutefois, étant donné qu'il ne s'agit pas en l'espèce de questions de politique générale, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, et pour lesquelles il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (voir, par exemple, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 46, série A n° 98, où la Cour avait estimé normal que le législateur « dispos[ât] d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale »), la marge d'appréciation est ici limitée. »

La démarche adoptée dans *ASLEF* prend en compte les conceptions des parlements nationaux dans une « saine » mesure (en lui conférant un poids spécial) s'agissant de définir une politique générale ; il y a lieu de distinguer les questions de politique générale et les décisions concernant les droits fondamentaux de tel ou tel individu (dans le contexte d'une requête individuelle), lesquelles, en vertu de ce qui a été dit ci-dessus, appellent un rôle restreint de la marge d'appréciation. Dans l'affaire *Evans*, la majorité, tout en accordant à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation, se réfère largement aux questions de politique générale et étend cette ample marge d'appréciation aux règles détaillées adoptées pour établir un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit (paragraphe 81-82 de l'arrêt et paragraphe 4 *in fine* de notre opinion dissidente). Comme la plupart de celles portées devant la Cour, l'affaire *Evans* n'a pas trait uniquement à des questions de politique générale : elle concerne aussi des intérêts individuels importants.

La Cour ne devrait pas utiliser le principe de la marge d'appréciation comme un simple substitut pragmatique à une approche réfléchie du problème de la portée adéquate de son contrôle<sup>1</sup>.

13. Pour conclure, contrairement à la majorité nous estimons que la législation incriminée n'a pas permis de ménager un juste équilibre dans les circonstances particulières de l'espèce. Si les effets de la législation sont tels que d'une part ils donnent à une femme le droit de décider d'avoir un enfant de son sang mais que d'autre part ils la privent de toute possibilité de se retrouver en position de faire ce choix, ils font supporter à l'intéressée une charge morale et physique d'après nous disproportionnée qui ne peut guère être compatible avec l'article 8 et avec les buts mêmes de la Convention, qui sont de protéger la dignité et l'autonomie humaines.

14. En ce qui concerne l'article 14 de la Convention, nous tenons à préciser ce qui suit.

15. Il se peut qu'aux fins de l'article 14 la comparaison doive se faire avec un homme stérile (voir, au paragraphe 23 de l'arrêt, l'exemple invoqué dans la procédure interne par le juge Wall). Toutefois, même cette comparaison n'illustre pas toute la complexité du problème soulevé par la présente espèce. Les institutions internationales spécialement investies de la mission de promouvoir les droits des femmes reconnaissent qu'il est justifié et nécessaire d'« expliquer comment les politiques et mesures relatives aux soins de santé tiennent compte des droits des femmes et prennent en compte leurs intérêts et leurs spécificités par rapport aux hommes, notamment : a) Les caractéristiques biologiques des femmes, telles que (...) leur fonction en matière de procréation (...) (CEDAW recommandation générale n° 24 (20<sup>e</sup> session, 1999)) ». Une femme se trouve placée dans une situation différente d'un homme du point de vue de la naissance d'un enfant, y compris lorsque la législation autorise des méthodes de fécondation artificielle. En conséquence, nous estimons que la démarche qui s'imposait en l'espèce est celle qui fut adoptée relativement à l'article 14 dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce*, dans laquelle la Cour a reconnu que des situations

---

D'après nous, la majorité a donné un poids excessif à celles-ci, qui en réalité ne sont que la toile de fond de la présente affaire (voir la section 3 de l'arrêt (la marge d'appréciation), en particulier le paragraphe 81), et elle ne s'est pas suffisamment livrée, dans la section 4 de son arrêt (observation de l'article 8 ; paragraphes 83-92), à un exercice de mise en balance *ad hoc*.

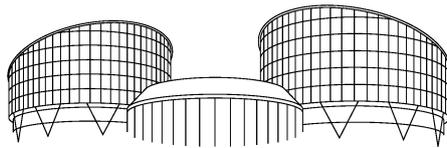
1. R. St. J. Macdonald, « *The Margin of Appreciation* », in *The European System for the Protection of Human Rights* (R. St. J. Macdonald et al. [eds.], 1993), pp. 84, 124, cité par E. Brems, « *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights* », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, p. 313. Voir également l'appréciation critique de la doctrine de la « marge d'appréciation » faite par M. R. Hutchinson in « *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights* », *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, pp. 638-650.

différentes doivent entraîner un traitement différent<sup>1</sup>. Si nous appréhendons la situation personnelle de la requérante à la lumière de ce principe, c'est notamment à raison de l'ampleur de la charge physique et émotionnelle et des conséquences<sup>2</sup> qu'emporte cette situation, et c'est sur cette base que nous avons voté en faveur de la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

---

1. *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV.

2. C. Packer, « *Defining and Delineating the Right to Reproductive Choice* », *Nordic Journal of International Law*, 1998, p. 95.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

## DEUXIÈME SECTION

### DÉCISION

Requête n° 29176/13

D. et autres  
contre la Belgique

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant le 8 juillet 2014 en une chambre composée de :

Guido Raimondi, *président*,

Işıl Karakaş,

András Sajó,

Helen Keller,

Paul Lemmens,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Vu la requête susmentionnée introduite le 30 avril 2013,

Vu la décision de traiter en priorité la requête en vertu de l'article 41 du règlement de la Cour,

Vu les observations soumises par le gouvernement défendeur et celles présentées en réponse par les requérants,

Vu les observations présentées par le gouvernement ukrainien ainsi que celles soumises par le tiers intervenant,

Après en avoir délibéré, rend la décision suivante :

## EN FAIT

1. Les requérants, M. D. et M<sup>me</sup> R., sont des ressortissants belges nés respectivement en 1960 et en 1968 et résidant en Belgique. Les requérants introduisent la présente requête également au nom de l'enfant A. Le président de la section a accédé à la demande de non-divulgation de leur identité formulée par les requérants (article 47 § 4 du règlement). Ils ont été représentés devant la Cour par M<sup>me</sup> C. Verbrouck, avocate à Bruxelles.

2. Le gouvernement belge (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. M. Tysebaert, conseiller général, service public fédéral de la Justice.

3. Le gouvernement ukrainien a été représenté par son agent, M<sup>me</sup> O. Davydochuk. Des observations écrites ont également été reçues du *European Centre for Law and Justice*, que le président avait autorisée à intervenir en qualité de tierce partie (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 a) du règlement).

#### **A. Les circonstances de l'espèce**

4. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

5. Les requérants, un couple marié, se rendirent en Ukraine afin de procéder à une gestation pour autrui (« GPA »). De cette GPA est né A. le 26 février 2013 en Ukraine.

6. Les requérants déclarèrent la naissance d'A. auprès des autorités ukrainiennes et furent mis en possession d'un acte de naissance ukrainien. Le premier requérant fut inscrit comme étant le père de A., la deuxième requérante comme étant sa mère. L'acte de naissance ne fait pas mention du recours à la GPA.

7. Le 15 mars 2013, les requérants demandèrent à l'ambassade belge à Kiev la délivrance d'un passeport belge pour A.

8. Le 18 mars 2013, l'ambassade informa les requérants du refus de leur délivrer un passeport au motif que les requérants n'étaient pas en mesure de présenter certains documents visant à établir la filiation de l'enfant A., notamment une attestation de grossesse de la deuxième requérante faite par son médecin en Belgique et une attestation d'hospitalisation de la deuxième requérante à l'hôpital en Ukraine.

9. Le 19 mars 2013, les requérants, par l'intermédiaire de leur avocat, saisirent le président du tribunal de première instance de Bruxelles en référé, lui demandant d'ordonner aux autorités belges de leur délivrer un titre de voyage pour permettre à A. de venir en Belgique.

10. Le 22 mars 2013, les requérants, par l'intermédiaire de leur avocat, déposèrent également une requête fondée sur l'article 27 du code de droit international privé visant à faire reconnaître la validité de l'acte de naissance ukrainien de l'enfant. Cette procédure est pendante devant le tribunal de première instance de Bruxelles.

11. Le 25 mars 2013, les requérants ainsi que l'enfant A. tentèrent un voyage par la voie aérienne, munis de l'acte de naissance d'A. La compagnie aérienne refusa leur embarquement à l'aéroport de Kiev.

12. Le 5 avril 2013, le président du tribunal de première instance de Bruxelles déclara la demande en référé recevable mais non fondée. Le juge reconnut l'urgence et le caractère provisoire de la demande mais considéra

que le dossier des requérants laissait persister de nombreuses incertitudes quant à la mère porteuse et la méthode de procréation utilisée. Les requérants n'avaient pas apporté assez d'éléments permettant au juge de retenir l'existence d'une apparence de lien de filiation entre les requérants et A. Concernant la mère, la maternité découle de l'accouchement en droit belge et la deuxième requérante ne pouvait donc pas établir un lien de filiation avec l'enfant. Quant au père, aucune information n'avait été donnée concernant la méthode de procréation ou le contrat de gestation, et les résultats du test ADN réalisé via un site internet n'avaient aucune valeur probante « étant donné que la provenance des prélèvements analysés [n'était] d'aucune manière certifiée ». Les requérants firent appel de cette ordonnance.

13. Le 8 avril 2013, le premier requérant déclara reconnaître A. comme son fils devant un notaire à Bruxelles.

14. Le 25 avril 2013, les requérants durent rentrer en Belgique sans A. étant donné que leur droit de séjour en Ukraine touchait à sa fin. Ils engagèrent alors une nourrice pour s'occuper d'A. en Ukraine en leur absence.

15. Les requérants firent le voyage vers l'Ukraine autant que faire se peut. Aussi, ils séjournèrent en Ukraine entre le 30 mai et le 6 juin 2013, ainsi qu'entre les 11 et 18 juillet 2013.

16. Le 31 juillet 2013, la cour d'appel de Bruxelles, statuant en référé, constata que les requérants avaient rassemblé de nombreuses pièces supplémentaires par rapport à leur dossier présenté en première instance. Elle releva que plusieurs éléments factuels rendaient vraisemblable la paternité biologique du premier requérant et que la reconnaissance du lien de filiation paternelle n'apparaissait pas, en l'espèce, heurter gravement l'ordre public belge. Par ailleurs, la cour d'appel constata que les éléments factuels concernant la conception et la naissance de l'enfant A. semblaient correspondre aux conditions posées par le droit ukrainien à la validité d'un contrat de gestation pour autrui. Ainsi, la cour d'appel était d'avis qu'il y avait une apparence de fait et de droit, et que la balance des intérêts commandait de prendre en considération le droit du premier requérant de mener une vie familiale avec l'enfant, et le droit de A. de s'attacher au premier requérant sans attendre l'issue de la procédure au fond. Par conséquent, la cour d'appel déclara l'appel interjeté par les requérants fondé et ordonna à l'État belge de délivrer au premier requérant un laissez-passer ou tout autre document administratif approprié au nom de A. pour lui permettre de venir en Belgique auprès du premier requérant.

17. Les requérants se rendirent en Ukraine afin de réceptionner le document de voyage le 5 août 2013.

18. Le 6 août 2013, A. arriva en Belgique avec les requérants. Ils résident ensemble tous les trois en Belgique depuis lors.

## B. Le droit et la pratique belges pertinents

19. À ce jour, la maternité de substitution ou GPA n'est encadrée par aucune législation ou réglementation spécifique en droit belge.

20. La reconnaissance d'actes authentiques étrangers est régie par l'article 27 du code de droit international privé qui, en son paragraphe 1, dispose :

« Un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 et 21.

L'acte doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État dans lequel il a été établi.

L'article 24 est, pour autant que de besoin, applicable.

Lorsque l'autorité refuse de reconnaître la validité de l'acte, un recours peut être introduit devant le tribunal de première instance, sans préjudice de l'article 121, conformément à la procédure visée à l'article 23. »

21. Concernant l'établissement de la filiation, l'article 62 de ce même code prévoit que :

« §1er. L'établissement et la contestation de paternité ou de maternité d'une personne sont régis par le droit de l'État dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte. [...] »

22. Saisies en vertu de l'article 27 du code de droit international privé, les juridictions civiles ont déjà été amenées à se prononcer sur la reconnaissance d'actes de naissance établis à l'étranger au profit de parents intentionnels ayant eu recours à une mère porteuse, et ont parfois accueilli la demande (voir, par exemple, Trib. Anvers, 19 décembre 2008 (*Revue@dipr.be*, 2010, n° 4, p. 140), Cour d'appel Liège, 6 septembre 2010 (*Journal des tribunaux*, 2010, p. 634), Trib. Bruxelles, 15 février 2011 (*Revue@dipr.be*, 2011, n° 1, p. 125)).

23. Les juridictions civiles ont également déjà été saisies en référé par des parents intentionnels qui souhaitaient obtenir un titre de voyage pour l'enfant né de la gestation pour autrui à l'étranger afin que celui-ci puisse voyager vers la Belgique. Les juridictions ont parfois accueilli une telle demande en référé lorsqu'il était établi que le père intentionnel était également le père biologique de l'enfant (voir, en ce sens, Trib. Bruxelles (référé), 6 avril 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1164).

24. La délivrance de passeports était régie, au moment des faits, par la loi du 14 août 1974 relative à la délivrance des passeports. Selon l'article 4 de cette loi, les passeports ou documents en tenant lieu sont délivrés aux Belges en pays étrangers par les agents diplomatiques et consulaires belges. L'article 7 dispose que, « s'il y a doute quant à l'identité ou à la nationalité

du requérant, la délivrance du passeport ou du document en tenant lieu pourra être suspendue aussi longtemps que cette personne ou l'administration n'établiront pas son identité ou sa nationalité belge par des documents ou par des témoignages probants ».

### C. Éléments pertinents de droit ukrainien

25. Le paragraphe 2 de l'article 123 du code de la famille ukrainien dispose :

« Si un embryon conçu par les époux au moyen de technologies de reproduction assistée est transféré dans le corps d'une autre femme, les époux sont les parents de l'enfant. »

26. Pour que le couple soit reconnu comme étant les parents de l'enfant, la législation ukrainienne exige que le couple soit marié, que le matériel biologique soit fourni par au moins un des deux époux et qu'il n'y ait pas de lien biologique entre l'embryon et la mère de substitution.

### GRIEFS

27. Les requérants allèguent que le refus des autorités belges de délivrer un document de voyage à A. pour rentrer avec les requérants sur le territoire belge a emporté violation des articles 3 et 8 de la Convention.

28. De plus, invoquant l'article 8 de la Convention, les requérants allèguent que la séparation effective entre eux et l'enfant A. du fait du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage a rompu les relations entre un nourrisson âgé de quelques semaines et ses parents, ce qui aurait été contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et au respect de la vie familiale des requérants.

29. Invoquant une violation de l'article 3 de la Convention, ils estiment que la séparation entre les requérants et l'enfant A. a soumis l'enfant ainsi que les requérants à un traitement inhumain et dégradant.

30. Enfin, invoquant l'article 13 combiné aux articles 3 et 8 de la Convention ainsi que l'article 6 de la Convention, les requérants allèguent qu'ils n'ont pas disposé d'un recours effectif pour faire valoir leurs griefs eu égard à la longueur de la procédure nationale visant à permettre à A. de venir en Belgique.

## EN DROIT

### **A. Sur le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un titre de voyage pour l'enfant A.**

31. Dans leur requête initiale, les requérants se plaignent du refus des autorités belges d'autoriser la venue de A. sur le territoire national. Ils invoquent à cet égard une violation des articles 3 et 8 de la Convention.

32. La Cour prend note des faits nouveaux survenus depuis l'introduction de la requête – en l'espèce le laissez-passer délivré à l'enfant A. et son arrivée sur le territoire belge le 6 août 2013 (voir paragraphes 16 à 18, ci-dessus). La question se pose de savoir si le litige n'est pas désormais résolu et, dans l'affirmative, s'il se justifie encore de poursuivre l'examen de ce grief pour un autre motif ou si le grief peut être rayé du rôle de la Cour en application de l'article 37 § 1 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Pisano c. Italie* (radiation) [GC], n° 36732/97, §§ 40-50, 24 octobre 2002). Cette disposition est libellée comme suit :

« À tout moment de la procédure, la Cour peut décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conclure :

- a) que le requérant n'entend plus la maintenir; ou
- b) que le litige a été résolu; ou
- c) que, pour tout autre motif dont la Cour constate l'existence, il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête.

Toutefois, la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles l'exige. »

33. La Cour relève que, par un arrêt du 31 juillet 2013, la cour d'appel de Bruxelles a ordonné à l'État belge de délivrer un laissez-passer ou tout autre document administratif au nom de A. pour lui permettre de venir en Belgique auprès des requérants (voir paragraphe 16, ci-dessus). Le 6 août 2013, A. arriva en Belgique et il réside avec les requérants depuis lors.

34. Par une lettre du 19 août 2013, les requérants ont explicitement indiqué qu'ils souhaitent maintenir la totalité de leur requête. L'alinéa a) de l'article 37 § 1 n'est donc pas applicable. Cela n'exclut pourtant pas d'appliquer les alinéas b) ou c) sans l'accord des requérants, le consentement de ceux-ci n'étant pas une condition à cet égard (*Pisano c. Italie*, décision précitée, § 41).

35. Au vu des circonstances, la Cour estime que le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un titre de voyage pour l'enfant, tel que formulé par les requérants, a été redressé d'une manière adéquate et suffisante et que le litige doit être considéré comme résolu au sens de l'article 37 § 1 b) de la Convention.

36. S'étant par ailleurs assurée qu'aucune circonstance particulière touchant au respect des droits de l'homme garantis par la Convention n'exige la poursuite de l'examen de ce grief en vertu de l'article 37 § 1 *in fine* de la Convention, la Cour considère qu'il y a lieu de rayer du rôle le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage à l'enfant A.

## **B. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la Convention du fait de la séparation temporaire entre A. et les requérants**

37. Invoquant l'article 8 de la Convention, les requérants allèguent que le refus des autorités d'autoriser la venue de A. en Belgique a causé la séparation entre les requérants et l'enfant pendant plusieurs mois ce qui aurait été contraire à leur droit au respect de la vie privée et de la vie familiale. L'article 8 de la Convention prévoit que :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

### *1. Thèse du Gouvernement*

38. Le Gouvernement ne conteste pas que la situation dénoncée par les requérants entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. Sur le fond, le Gouvernement admet que la situation des requérants était difficile, qu'elle n'était pas favorable à l'enfant, et que les requérants ont incontestablement dû ressentir une certaine détresse. Cependant, le Gouvernement considère que le grief tiré de l'article 8 n'est pas fondé.

39. D'une part, il constate que les requérants et A. n'ont été séparés de manière effective que pendant trois mois, séparation entrecoupée de visites régulières d'une semaine des requérants en Ukraine.

40. D'autre part, le Gouvernement fait valoir que, contrairement aux allégations des requérants, l'acte de naissance de A. n'était pas valable de plein droit en Belgique étant donné qu'il n'y a pas de convention liant la Belgique et l'Ukraine sur la question de la reconnaissance d'actes étrangers. Le refus des autorités belges de donner un laissez-passer à l'enfant n'était donc pas fautif, étant donné qu'il s'agissait de la simple conséquence de l'application des articles 27 et 62 du code de droit international privé et que les requérants disposaient d'un recours auprès des tribunaux pour contester le refus.

41. Par ailleurs, le Gouvernement est d'avis que le refus du juge des référés d'ordonner la délivrance d'un titre de voyage était, exclusivement sinon en majeure partie, imputable aux requérants eux-mêmes étant donné que ceux-ci avaient omis de présenter des éléments de nature à démontrer leur lien de filiation biologique avec l'enfant. Dès lors que les requérants complèteront leur dossier avec un certificat de parenté génétique, le juge d'appel fit droit à leur demande.

42. Le Gouvernement relève également que, préalablement à leurs démarches, les requérants avaient pris des renseignements auprès des autorités belges et ukrainiennes concernant la législation applicable en matière de gestation pour autrui. Aussi, ils connaissaient ou auraient dû connaître les règles applicables et les documents probants qui leur seraient demandés par les autorités belges en vue de faire reconnaître la filiation de l'enfant.

43. Enfin, se référant à l'ordonnance du juge des référés du tribunal de première instance de Bruxelles du 6 avril 2010 (voir paragraphe 23, ci-dessus), le Gouvernement fait valoir que, si les requérants avaient présenté un dossier complet au juge de première instance, celui-ci aurait sans nul doute fait droit à la demande des requérants.

## 2. Thèse des requérants

44. Les requérants allèguent que la séparation entre eux et l'enfant A. fut un réel déchirement. Ils ressentirent une angoisse ainsi qu'une crainte de laisser A. sans statut en Ukraine, de devoir le confier à une personne presque inconnue, et ils craignaient que A. soit considéré comme abandonné et placé dans un orphelinat. Cette situation était en totale opposition avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

45. Aussi, les requérants sont d'avis qu'il ne fait aucun doute qu'une vie familiale aux liens étroits entre eux et l'enfant était établie. Pour eux, le refus des autorités belges de délivrer un laissez-passer pour l'enfant n'était prévu par aucune loi, il ne poursuivait aucun but légitime et il a constitué une entrave disproportionnée à leur droit au respect de la vie familiale. Les requérants rappellent que le droit de maintenir des relations familiales entre parents et enfants doit primer sur les intérêts de l'État (*Berrehab c. Pays-Bas*, 21 juin 1988, série A n° 138), et que, en tout état de cause, l'intérêt supérieur de l'enfant devait primer (*Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, CEDH 2010). À cet égard, les requérants considèrent que la marge d'appréciation de l'État devrait être restreinte en l'espèce puisqu'est en jeu un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité d'un individu.

### 3. Thèse du tiers intervenant

46. Le *European Centre for Law and Justice* (« ECLJ ») est d'avis que la gestation pour autrui (GPA) est contraire à la dignité humaine, tant pour la mère porteuse que pour l'enfant et que cette pratique devrait être interdite dans tous les États membres du Conseil de l'Europe. Aussi, l'ECLJ est d'avis que les requérants ne peuvent se plaindre d'une situation qu'ils ont eux-mêmes créée en violation du droit belge et du droit international. L'ECLJ postule donc que la requête soit rejetée pour abus de droit en application de l'article 17 de la Convention.

47. À titre subsidiaire, l'ECLJ estime qu'il n'est pas question en l'espèce de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention puisque le lien parents-enfant résulte d'une fraude à la loi, à l'instar de la conclusion de la Cour dans l'affaire *Stübing c. Allemagne* (n° 43547/08, 12 avril 2012). En refusant de produire un laissez-passer pour l'enfant A. avant que les juridictions n'aient examiné de manière approfondie les documents produits par les requérants, l'État belge poursuivait plusieurs buts légitimes : lutte contre la fraude à l'état civil, lutte contre la traite d'êtres humains et la protection de l'intérêt de l'enfant. L'ECLJ est d'avis que, compte tenu des circonstances, un délai de quatre mois et douze jours avant que la cour d'appel ne se prononce ne saurait être considéré comme excessif, et ce d'autant plus que la séparation était due à la faute des requérants eux-mêmes et que ceux-ci auraient pu retourner en Ukraine pour vivre avec l'enfant.

### 4. Appréciation de la Cour

48. A titre préliminaire, la Cour estime utile de préciser que la procédure introduite par les requérants sur la base de l'article 27 du code de droit international privé et visant à faire reconnaître l'acte de naissance ukrainien de l'enfant (voir paragraphe 10, ci-dessus) ne fait pas l'objet des griefs tels que formulés par les requérants devant la Cour. Cette procédure est d'ailleurs pendante devant les juridictions internes. Les griefs présentés par les requérants devant la Cour portent uniquement sur la procédure en référé introduite afin d'obtenir l'autorisation pour l'enfant A. d'entrer sur le territoire belge.

49. Ensuite, la Cour constate que les requérants et le Gouvernement s'accordent à dire que la situation dénoncée entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention (voir paragraphe 37, ci-dessus). La Cour rappelle qu'elle a reconnu l'applicabilité de l'article 8 dès lors qu'existaient des liens familiaux de fait (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, §§ 36-37, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II ; *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, § 117, 28 juin 2007). Certes, pendant la période considérée, les requérants étaient séparés de l'enfant A. La Cour rappelle toutefois qu'une vie familiale projetée ne sort pas entièrement du cadre de l'article 8 (*Pini et autres c. Roumanie*, n°s 78028/01 et 78030/01,

§ 143, CEDH 2004-V (extraits)). En ce sens, elle a déjà considéré que cette disposition pouvait aussi s'étendre à la relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c. Finlande* (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), ou à la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 62, série A n° 94). Or il n'est pas contesté en l'espèce que les requérants souhaitaient s'occuper de l'enfant A. comme des parents depuis sa naissance et qu'ils ont entrepris des démarches afin de permettre une vie familiale effective (voir, *mutatis mutandis*, *Todorova c. Italie*, n° 33932/06, § 54, 13 janvier 2009). Depuis l'arrivée d'A. en Belgique, tous les trois vivent effectivement ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle. La Cour estime que ces considérations suffisent pour établir que l'article 8 trouve à s'appliquer.

50. Le Gouvernement ne conteste pas le fait que le refus des autorités belges de fournir un document de voyage à l'enfant A. et qui a engendré une séparation effective entre eux a constitué une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie familiale. Il revient donc à la Cour de déterminer si cette ingérence était « prévue par la loi », inspirée par un ou plusieurs des buts légitimes énoncés à l'article 8 § 2 de la Convention et « nécessaire, dans une société démocratique », pour les atteindre (*X c. Lettonie* [GC], n° 27853/09, § 54, CEDH 2013).

**a) Base légale**

51. La Cour constate que le refus de l'ambassade belge en Ukraine de délivrer un passeport était fondé sur l'article 7 de la loi du 14 août 1974 relative à la délivrance des passeports, qui prévoyait que la délivrance d'un passeport ou d'un document en tenant lieu pouvait être suspendue aussi longtemps qu'il y avait un doute, notamment quant à la nationalité de la personne concernée. Ce doute résultait du fait que la filiation entre les requérants et l'enfant A. ne pouvait pas être établie sur base de l'acte de naissance ukrainien, celui-ci n'étant pas reconnu de plein droit en application de l'article 27 du code de droit international privé, combiné avec l'article 62 de ce code. L'ingérence était donc prévue par la loi au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

**b) Buts légitimes poursuivis**

52. La Cour constate que le refus initial des autorités belges d'autoriser la venue de A. sur le territoire national était motivé par la nécessité de vérifier si les législations belge et ukrainienne étaient respectées. L'ingérence était donc justifiée par des objectifs de prévention des infractions pénales, en particulier de lutte contre la traite des êtres humains. Or la Cour a déjà reconnu l'importance et la nécessité de lutter contre ce

phénomène (*Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, § 278, CEDH 2010 (extraits)).

53. De surcroît, la Cour estime que l'ingérence était également motivée par l'objectif de protéger les droits d'autrui, en l'espèce, les droits de la mère porteuse et, dans une certaine mesure également, les droits de A.

**c) Nécessité dans une société démocratique**

54. Outre les principes généraux applicables à l'évaluation de la nécessité d'une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale que la Cour a rappelés dans l'arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* [GC] (n° 42857/05, §§ 50-60, 3 avril 2012), la Cour tient à souligner que lorsqu'au sein des États membres du Conseil de l'Europe il n'y a de consensus ni sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ni sur les meilleurs moyens de le protéger, la marge d'appréciation est relativement large, surtout lorsque sont en jeu des questions morales ou éthiques délicates (*ibidem*, § 60).

55. En l'espèce, la Cour relève que les requérants et l'enfant A. furent séparés entre le 25 avril 2013, date du retour des requérants en Belgique, et le 5 août 2013, date à laquelle ils allèrent chercher A. en Ukraine, soit pendant trois mois et douze jours. Cette période de séparation fut entrecoupée par au moins deux visites des requérants en Ukraine pendant une semaine (voir paragraphe 15, ci-dessus).

56. Quant à la procédure en référé, les requérants introduisirent leur demande le 19 mars 2013, le président du tribunal de première instance rendit son ordonnance le 5 avril 2013 et la cour d'appel rendit son arrêt le 31 août 2013, soit quatre mois et douze jours après le début de la procédure en référé.

57. La Cour ne conteste pas le fait que cette situation devait être difficile pour les requérants, qu'ils ont pu ressentir une certaine forme d'angoisse voire de détresse et que cela n'était pas favorable au maintien des relations familiales entre les requérants et A. Aussi, la Cour est consciente de l'importance, pour le développement psychologique d'un enfant, des contacts entretenus avec une ou plusieurs personnes proches, en particulier pendant les premiers mois de la vie.

58. Néanmoins, eu égard aux circonstances de l'espèce, la Cour est d'avis que ni la procédure en référé, ni la période de séparation effective entre les requérants et A. ne sauraient être considérées comme déraisonnablement longues.

59. La Cour estime en effet que la Convention ne saurait obliger les États parties à autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes.

60. Par ailleurs, à l'instar du Gouvernement, la Cour est d'avis que les requérants pouvaient raisonnablement prévoir – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – la procédure à laquelle ils seraient confrontés afin de

faire reconnaître la filiation et afin de faire venir l'enfant en Belgique. À cet égard, la Cour relève que les requérants étaient conseillés par un avocat belge ainsi qu'un avocat ukrainien qu'ils avaient consultés préalablement à leurs démarches. De plus, les juridictions belges s'étaient déjà prononcées dans des affaires semblables (voir paragraphes 22 et 23, ci-dessus). Les requérants devaient ainsi savoir que les démarches pour obtenir les documents nécessaires à l'obtention d'un document de voyage pour l'enfant A. et le traitement de leur demande à cet effet engendreraient forcément un certain délai.

61. La Cour relève également que l'État belge ne saurait être tenu pour responsable de la difficulté, pour les requérants, de séjourner en Ukraine plus longtemps, voire pendant toute la période pendant laquelle la procédure était pendante devant les juridictions belges. La Cour constate d'ailleurs que les requérants se sont déplacés régulièrement afin de passer du temps avec l'enfant A. et que cela n'a été empêché par aucune autorité.

62. Quant à l'argument du Gouvernement concernant l'imputabilité de la longueur de la procédure aux requérants, la Cour estime qu'il ne lui appartient pas de déterminer si les requérants auraient effectivement obtenu gain de cause en première instance s'ils avaient fourni un dossier plus complet. La Cour constate néanmoins que, en première instance, le président du tribunal avait admis le caractère urgent et provisoire de la demande, mais avait estimé qu'il ne disposait pas de suffisamment d'éléments pour établir *prima facie* le lien de filiation biologique de l'enfant A. avec les requérants. La Cour partage donc l'avis du Gouvernement lorsque celui-ci fait valoir que le délai dans l'obtention du laissez-passer est, à tout le moins en partie, dû aux requérants eux-mêmes.

63. En conclusion, la Cour estime que l'État belge a agi dans les limites de la marge d'appréciation dont il bénéficie en refusant – jusqu'au 31 juillet 2013 – d'autoriser la venue de l'enfant A. sur le territoire belge.

64. Dès lors, le grief tiré de l'article 8 est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

### **C. Sur la violation alléguée de l'article 3 de la Convention du fait de la séparation temporaire entre A. et les requérants**

65. Invoquant une violation de l'article 3 de la Convention, les requérants estiment que leur séparation de l'enfant A. engendrée par le refus des autorités belges de délivrer un document de voyage a soumis l'enfant A. ainsi que les requérants à un traitement inhumain et dégradant. La disposition précitée se lit comme suit :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

### 1. Thèses des parties

66. Se référant aux arguments qu'il a développés sous l'angle de l'article 8 de la Convention, le Gouvernement est d'avis que le seuil de gravité requis par l'article 3 n'est pas atteint.

67. Les requérants rappellent que l'enfant A. s'est retrouvé seul dans un pays dont il n'avait pas la nationalité ni la citoyenneté, dans lequel il ne bénéficiait d'aucun droit de séjour et d'aucune filiation établie et où il n'avait pas de possibilité réelle de garde et d'accès aux soins, autre que celle d'un placement en orphelinat entraînant un risque d'adoption. De plus, les requérants considèrent que la détresse qu'ils ont subie du fait de la séparation a eu un impact sur leur santé physique et psychologique indéniable. Ils font un parallèle avec la situation des proches de personnes disparues (*Janowiec et autres c. Russie* [GC], n<sup>os</sup> 55508/07 et 29520/09, CEDH 2013).

### 2. Appréciation de la Cour

68. La Cour rappelle que les allégations de mauvais traitements contraires à l'article 3 doivent être étayées par des éléments de preuve appropriés. Pour l'établissement des faits allégués, la Cour se sert du critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », une telle preuve pouvant néanmoins résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants (voir, notamment, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 161 *in fine*, série A n<sup>o</sup> 25, *Labita c. Italie* [GC], n<sup>o</sup> 26772/95, § 121, CEDH 2000-IV, et *Creanğa c. Roumanie* [GC], n<sup>o</sup> 29226/03, § 88, 23 février 2012).

69. Par ailleurs, pour tomber sous le coup de cette disposition, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc. (voir, en particulier, *Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 162, et *Jalloh c. Allemagne* [GC], n<sup>o</sup> 54810/00, § 67, CEDH 2006-IX). Parmi les autres facteurs à considérer figurent le but dans lequel le traitement a été infligé ainsi que l'intention ou la motivation qui l'ont inspiré (voir par exemple, *El Masri c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »* [GC], n<sup>o</sup> 39630/09, § 196, CEDH 2012).

70. En l'espèce, la Cour relève que les requérants n'ont fait valoir aucun élément concret permettant de conclure que l'enfant A. aurait subi, pendant la période de séparation avec les requérants, un quelconque traitement qui lui eut été dommageable. Aucune des craintes exprimées par les requérants concernant la possibilité du placement de l'enfant dans un orphelinat ou son impossibilité d'accéder aux soins de santé ne semble s'être réalisée.

71. Par ailleurs, quant à la détresse qu’auraient ressentie les requérants, la Cour ne conteste pas le fait que la situation devait être difficile pour eux (voir paragraphe 57 ci-dessus). Toutefois, la Cour est d’avis que, dans les circonstances de l’espèce, et compte tenu des considérations relatives au grief tiré de l’article 8 de la Convention (voir paragraphes 58 à 63 ci-dessus), le seuil de gravité de l’article 3 n’a pas été atteint.

72. Il s’ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l’article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

#### **D. Sur les autres griefs invoqués par les requérants**

73. Invoquant une violation de l’article 6 ainsi que de l’article 13 combiné avec les articles 3 et 8 de la Convention, les requérants se plaignent en outre de ne pas avoir bénéficié d’un recours effectif contre le refus des autorités belges de fournir un document de voyage à l’enfant A. Les parties pertinentes de ces dispositions sont ainsi libellées :

##### **Article 6**

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable [...] ».

##### **Article 13**

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l’octroi d’un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l’exercice de leurs fonctions officielles. »

#### *1. Thèses des parties*

74. Le Gouvernement estime que le recours introduit par les requérants a bien été effectif en l’espèce puisque les juridictions belges ont fait droit à ce que les requérants avaient demandé, et ce selon une procédure qui n’a pas connu de lenteurs déraisonnables.

75. Les requérants allèguent que, alors même qu’ils ont utilisé la voie de recours la plus rapide mise à disposition par l’État belge – le référé – il leur a fallu attendre plus de cinq mois avant d’obtenir une décision autorisant l’enfant A. à entrer en Belgique.

#### *2. Appréciation de la Cour*

76. S’agissant du grief tiré de l’article 13 de la Convention, la Cour rappelle qu’elle a déclaré manifestement mal fondés les griefs tirés des articles 3 et 8 de la Convention (voir paragraphes 63 et 72, ci-dessus). Dès lors, en l’absence d’un « grief défendable » de violation d’un droit substantiel garanti par la Convention, le grief tiré de l’article 13 est aussi

manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

77. Quant au grief tiré de l'article 6 de la Convention, la Cour constate que les requérants ont invoqué cette disposition pour la première fois dans leurs observations en réponse à celles du Gouvernement. Sans devoir vérifier si ce grief est tardif, la Cour estime que, compte tenu des considérations relatives au grief tiré de l'article 8 de la Convention (voir en particulier paragraphe 58, ci-dessus), ce grief est en tout cas manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Décide* de rayer du rôle le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage pour l'enfant A,

*Déclare* la requête irrecevable pour le surplus.

Stanley Naismith  
Greffier

Guido Raimondi  
Président

**Cour de cassation**

**chambre civile 1**

**Audience publique du 13 septembre 2013**

**N° de pourvoi: 12-18315**

ECLI:FR:CCASS:2013:C101092

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Charruault, président**

Mme Le Cotty, conseiller apporteur

Mme Petit (premier avocat général), avocat général

SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 10 janvier 2012), qu'Emilie est née le 31 juillet 2009 à Mumbai (Inde), de Mme X... et de M. Y..., lequel, de nationalité française, l'avait reconnue en France, le 29 juillet 2009, devant un officier de l'état civil ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. Y... tendant à la transcription sur un registre consulaire de l'acte de naissance établi en Inde ;

Sur le premier moyen, pris en ses première, quatrième, sixième et septième branches :

Attendu que M. Y... et Mme X... font grief à l'arrêt de refuser d'ordonner la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres de l'état civil français alors, selon le moyen :

1°/ que 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 toute vérification utile, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; qu'en l'espèce, l'acte de naissance établi en Inde d'Emilie Sanjana Lauriane Y..., née le 31 juillet 2009 à Mumbai, énonce que M. Y... est le père de l'enfant ; qu'en cause d'appel, n'étaient contestées ni la régularité formelle de cet acte, ni la conformité à la réalité de ses énonciations ; que la circonstance selon laquelle M. Y... aurait eu recours à « un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française » ou encore à l'« achat d'enfant » n'était pas de nature à enlever toute force probante à l'acte de naissance au regard de la filiation paternelle de ce dernier à l'égard de l'enfant qui était incontestable et incontestée ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui n'était pas saisie de la validité d'un contrat de gestation pour autrui, mais de la transcription d'un acte de l'état civil, a violé les articles 47 et 332 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

2°/ qu'aucun des éléments retenus par la cour d'appel, ni le court séjour, à le supposer sans objet particulier, de M. Y... en Inde à l'époque de la conception, ni l'absence de connaissance respective des parents de leurs biographies, ni le fait, si son abandon était envisagé, de confier l'enfant née de cette relation au père de l'enfant plutôt qu'à un service d'adoption, ni l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, ni le versement par le père à la mère d'origine extrêmement modeste de la somme de 1 500 euros, n'étaient de nature à caractériser l'existence d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui ; qu'en retenant le contraire la cour d'appel a, en toute hypothèse, violé les articles 47 et 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

3°/ que chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale ; que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille ; que le refus de transcrire un acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil rend la filiation qu'il constate inopposable en France ; qu'en l'espèce, le refus de transcription de l'acte de naissance de l'enfant, née d'un père français, sur les registres français de l'état civil, qui rend la filiation paternelle de cette enfant inopposable en France, porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée et familiale de celle-ci et de M. Y... ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer ; que le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant impose au juge de rechercher concrètement si l'intérêt de l'enfant guide la mesure qu'il ordonne ; qu'en l'espèce, en refusant de tenir compte de l'intérêt de l'enfant et de rechercher, comme elle le devait, si le refus de transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français de l'état civil, qui rend la filiation paternelle de l'enfant inopposable en France, ne conduisait pas à une méconnaissance de l'intérêt supérieur de ce dernier, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la

naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ;

Qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Y... et Mme X..., en a déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français ;

Qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen, pris en ses diverses branches :

Attendu que M. Y... et Mme X... font grief à l'arrêt d'annuler la reconnaissance de paternité de M. Y... alors, selon le moyen :

1°/ que la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ; que si toute filiation peut être effectivement contestée par le ministère public pour fraude à la loi, il incombe alors à celui-ci de rapporter la preuve de l'inexactitude de la filiation ; qu'en l'espèce, il était acquis aux débats et non contesté, pas même par le ministère public, que M. Y... était le père d'Emilie Sanjana Lauriane Y... ; qu'en annulant néanmoins la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par M. Y..., la cour d'appel a violé les articles 332, alinéa 2, et 336 du code civil ;

2°/ que dans leurs conclusions de première instance du 17 mars 2010 au vu desquelles il a été statué en cause d'appel, M. Y... et Mme X... faisaient expressément valoir que nul ne prétendait ; pas même le ministère public ; que l'auteur de la reconnaissance n'était pas le père, qu'en d'autres termes, la reconnaissance dont le ministère public demandait ici l'annulation n'était pas mensongère, qu'une reconnaissance qui n'est pas mensongère ne saurait, dès lors, être annulée sous prétexte d'un contournement ; qualifié de « fraude à la loi » - des dispositions régissant l'adoption ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans répondre à ce chef péremptoire des conclusions des demandeurs, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale ; que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille ; qu'en l'espèce, l'annulation de la reconnaissance de paternité

souscrite le 29 juillet 2009 par M. Y..., qui prive l'enfant de sa filiation paternelle, porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée et familiale de celui-ci et de M. Y... ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant impose au juge de rechercher concrètement si l'intérêt de l'enfant guide la mesure qu'il ordonne ; qu'en l'espèce, en refusant de tenir compte de l'intérêt de l'enfant et de rechercher, comme elle le devait, si l'annulation de la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par M. Y... qu'elle ordonnait, qui prive l'enfant de sa filiation paternelle, ne conduisait pas à une méconnaissance de l'intérêt supérieur de ce dernier, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code ; qu'ayant caractérisé la fraude à la loi commise par M. Y..., la cour d'appel en a exactement déduit que la reconnaissance paternelle devait être annulée ;

Qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits

de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le premier moyen, pris en ses deuxième, troisième et cinquième branches, n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. Y... et Mme X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize septembre deux mille treize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat aux Conseils pour M. Y... et Mme X...

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement du 10 juin 2010 en ce qu'il avait ordonné la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres du service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères, et annulé la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par Didier Y... devant l'officier d'état civil du 11ème arrondissement de Paris ;

AUX MOTIFS QUE : « les recherches et constatations du consulat général de France à Bombay permettent de retenir le court séjour sans objet particulier de l'intimé en Inde à l'époque de la conception, l'absence de connaissance respective des parents de leurs biographies, qu'ainsi apparaît pour le moins insolite le fait, si son abandon était envisagé, de confier l'enfant né de cette relation supposée à un étranger inconnu plutôt qu'à un service d'adoption ; qu'en l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, la seule justification qui vaille est la somme versée par le père qui ne doit pas être appréciée en fonction de la situation de celui-ci, mais de celle de la mère d'origine extrêmement modeste pour qui 1.500 € représentent 3 ans de salaire, cette somme étant manifestement sans relation avec les frais même « confortables » de sa grossesse ; qu'ainsi il ne s'agit pas seulement en l'espèce d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public » ;

ALORS 1°) QUE : 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 toute vérification utile, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; qu'en l'espèce, l'acte de naissance établi en Inde d'Emilie Sanjana Lauriane Y..., née le 31 juillet 2009 à Mumbai, énonce que Didier Y... est le père de l'enfant ; qu'en cause d'appel, n'étaient contestées ni la régularité formelle de cet acte, ni la conformité à la réalité de ses énonciations ; que la circonstance selon laquelle Didier Y... aurait eu recours à « un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française » ou encore à l'« achat d'enfant » n'était pas de nature à enlever toute force probante à l'acte de naissance au regard de la filiation paternelle de ce dernier à l'égard de l'enfant qui était incontestable et incontestée ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui n'était pas saisie de la validité d'un contrat de gestation pour autrui, mais de la transcription d'un acte de l'état civil, a violé l'article 47 et 332 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

ALORS 2°) QUE : dans leurs conclusions de première instance du 17 mars 2010 au vu

desquelles il a été statué en cause d'appel, les exposants faisaient expressément valoir qu'il n'était point contesté, pas même par le Ministère public, que l'enfant avait été conçue, portée et mise au monde de la manière la plus naturelle qui fut, que Monsieur Y... comme Madame X... étaient à tous égards les seuls père et mère de

cet enfant et que les faits déclarés dans l'acte de naissance litigieux correspondaient à la réalité au sens de l'article 47 du code civil, de sorte que le Ministère public n'était pas fondé à refuser l'enregistrement de l'acte de naissance étranger qui faisait pleinement foi conformément aux dispositions de ce texte ; qu'ils exposaient ainsi que Didier Y... étant le père biologique de l'enfant, sa filiation paternelle, telle que reflétée dans l'acte de naissance, ne pouvait être remise en cause en raison d'une prétendue gestation pour autrui ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans répondre à ce chef péremptoire des conclusions des exposants, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS 3°) QUE : dans leurs conclusions de première instance du 17 mars 2010 au vu desquelles il a été statué en cause d'appel, les exposants faisaient également expressément valoir que le Ministère public devait préalablement transcrire l'acte de naissance étranger s'il voulait contester la filiation d'Emilie et, qu'à défaut, il n'avait pas qualité pour agir et contester la filiation ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans répondre à ce chef péremptoire des conclusions des exposants, la cour d'appel a violé, à ce titre encore, l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS 4°) QUE : aucun des éléments retenus par la cour d'appel, ni le court séjour, à le supposer sans objet particulier, de Didier Y... en Inde à l'époque de la conception, ni l'absence de connaissance respective des parents de leurs biographies, ni le fait, si son abandon était envisagé, de confier l'enfant née de cette relation au père de l'enfant plutôt qu'à un service d'adoption, ni l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, ni le versement par le père à la mère d'origine extrêmement modeste de la somme de 1.500 €, n'étaient de nature à caractériser l'existence d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui ; qu'en retenant le contraire la cour d'appel a, en toute hypothèse, violé les articles 47 et 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

ALORS 5°) QUE : l'on ne saurait acheter son propre enfant ; qu'en l'espèce, il était acquis aux débats que Didier Y... était le géniteur et donc le père d'Emilie Sanjana Lauriane Y... ; qu'en considérant qu'il avait acheté son propre enfant pour lui refuser la transcription de l'acte de naissance de ce dernier sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a, encore en toute hypothèse, violé les articles 47 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

ET AUX MOTIFS QUE : « « l'intérêt supérieur de l'enfant » ne peut utilement être mis en avant par Didier Y... qui a fait le choix délibéré de mettre cette enfant et lui-même hors la loi ; que de même il ne peut alléguer d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH, en ce qu'il a été admis à faire pénétrer cette même enfant sur le territoire français ; que le jugement déféré sera donc infirmé et sera annulée la reconnaissance paternelle souscrite à la mairie du 11ème arrondissement de Paris le 29 juillet 2009 par Didier Y... » ;

ALORS 6°) QUE : chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale ; que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille ; que le refus de transcrire un acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil rend la filiation qu'il constate inopposable en France ; qu'en l'espèce, le refus de transcription de l'acte de naissance de l'enfant, née d'un père français, sur les registres français de l'état civil, qui rend la filiation paternelle de cette enfant inopposable en France, porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée et familiale de celle-ci et de Didier Y... ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

ALORS 7°) QUE: c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer ; que le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant impose au juge de rechercher concrètement si l'intérêt de l'enfant guide la mesure qu'il ordonne ; qu'en l'espèce, en refusant de tenir compte de l'intérêt de l'enfant et de rechercher, comme elle le devait, si le refus de transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français de l'état civil, qui rend la filiation paternelle de l'enfant inopposable en France, ne conduisait pas à une méconnaissance de l'intérêt supérieur de ce dernier, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 3-1 de la de la Convention internationale des droits de l'enfant, ensemble l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement du 10 juin 2010, en ce qu'il avait ordonné la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres du service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères, et annulé la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par Didier Y... devant l'officier d'état civil du 11ème arrondissement de Paris ;

AUX MOTIFS QUE : « les recherches et constatations du consulat général de France à Bombay permettent de retenir le court séjour sans objet particulier de l'intimé en Inde à l'époque de la conception, l'absence de connaissance respective des parents de leurs biographies, qu'ainsi apparaît pour le moins insolite le fait, si son abandon était envisagé, de confier l'enfant né de cette relation supposée à un étranger inconnu plutôt qu'à un service d'adoption ; qu'en l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, la seule justification qui vaille est la somme versée par le père qui ne doit pas être appréciée en fonction de la situation de celui-ci, mais de celle de la mère d'origine extrêmement modeste pour qui 1.500 € représentent 3 ans de salaire, cette somme étant manifestement sans relation avec les frais même « confortables » de sa grossesse ; qu'ainsi il ne s'agit pas seulement en l'espèce d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public ; « que l'intérêt supérieur de l'enfant » ne peut utilement être mis en avant par Didier Y... qui a fait le choix délibéré de mettre cette enfant et lui-même hors la loi ; que de même il ne peut alléguer d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH, en ce qu'il a été admis à faire pénétrer cette même enfant sur le territoire français ; que le jugement

déféré sera donc infirmé et sera annulée la reconnaissance paternelle souscrite à la mairie du 11<sup>ème</sup> arrondissement de Paris le 29 juillet 2009 par Didier Y... » ;

ALORS 1°) QUE : la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ; que si toute filiation peut être effectivement contestée par le Ministère public pour fraude à la loi, il incombe alors à celui-ci de rapporter la preuve de l'inexactitude de la filiation ; qu'en l'espèce, il était acquis aux débats et non contesté, pas même par le Ministère public, que Didier Y... était le père d'Emilie Sanjana Lauriane Y... ; qu'en annulant néanmoins la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par Didier Y..., la cour d'appel a violé les articles 332, alinéa 2, et 336 du code civil ;

ALORS 2°) QUE : dans leurs conclusions de première instance du 17 mars 2010 au vu desquelles il a été statué en cause d'appel, les exposants faisaient expressément valoir que nul ne prétendait ; pas même le Ministère public ; que l'auteur de la reconnaissance n'était pas le père, qu'en d'autres termes, la reconnaissance dont le Ministère public demandait ici l'annulation n'était pas mensongère, qu'une reconnaissance qui n'est pas mensongère ne saurait dès lors être annulée sous prétexte d'un contournement ; qualifié de « fraude à la loi » - des dispositions régissant l'adoption ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans répondre à ce chef péremptoire des conclusions des exposants, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS 3°) QUE : chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale ; que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille ; qu'en l'espèce, l'annulation de la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par Didier Y..., qui prive l'enfant de sa filiation paternelle, porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée et familiale de celui-ci et de Didier Y... ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

ALORS 4°) QUE : le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant impose au juge de rechercher concrètement si l'intérêt de l'enfant guide la mesure qu'il ordonne ; qu'en l'espèce, en refusant de tenir compte de l'intérêt de l'enfant et de rechercher, comme elle le devait, si l'annulation de la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par Didier Y... qu'elle ordonnait, qui prive l'enfant de sa filiation paternelle, ne conduisait pas à une méconnaissance de l'intérêt supérieur de ce dernier, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 3-1 de la de la Convention internationale des droits de l'enfant, ensemble l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

**Publication** : Bulletin 2013, I, n° 176

**Décision attaquée** : Cour d'appel de Rennes , du 10 janvier 2012

**Titrages et résumés** : ETAT CIVIL - Acte de l'état civil - Acte dressé à l'étranger - Transcription - Refus - Cas - Fraude à la loi - Applications diverses - Procréation ou

gestation pour le compte d'autrui

En l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public, aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil (arrêt n° 1, pourvoi n° 12-30.138 et arrêt n° 2, pourvoi n° 12-18.315).

Viola ces textes, ensemble l'article 336 du même code, une cour d'appel qui ordonne la transcription, sur les registres de l'état civil français, d'actes de naissance, établis en Inde, de jumeaux, nés dans ce pays, d'une femme étrangère et d'un homme français, après avoir retenu qu'était caractérisée l'existence d'un tel processus (arrêt n° 1, pourvoi n° 12-30.138).

Une cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, en déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant, établi en Inde, et indiquant qu'il est né d'une femme étrangère et d'un homme français, ne peut être transcrit sur les registres de l'état civil français et que la reconnaissance paternelle doit être annulée, l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'étant pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code. En présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être invoqués utilement pour faire obstacle au refus de transcription et à l'annulation de la reconnaissance (arrêt n° 2, pourvoi n° 12-18.315)

FRAUDE - Fraude à la loi - Effets - Etendue - Détermination

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES - Nullité - Atteinte à l'ordre public - Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

FILIATION - Actions relatives à la filiation - Actions en contestation de la filiation - Contestation par le ministère public - Recevabilité - Cas - Fraude à la loi - Applications diverses - Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Accords et conventions divers - Convention de New York du 20 novembre 1989 - Droits de l'enfant - Article 3.1 - Considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant - Domaine d'application - Etendue - Limites - Détermination

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Article 8 - Respect de la vie privée et familiale - Domaine d'application - Etendue - Limites - Détermination

**Précédents jurisprudentiels :** Sur la nullité d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, à rapprocher : 1<sup>re</sup> Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, Bull, 2011, I,

n° 70 (rejet), et les arrêts cités ;1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66.486, Bull, 2011, I, n° 71 (rejet), et les arrêts cités ;1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, Bull, 2011, I, n° 72 (rejet), et les arrêts cités. Sur la fraude à la loi et l'intérêt supérieur de l'enfant, à rapprocher :1re Civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-68.399, Bull, 2010, I, n° 236 (rejet). Sur le refus de transcription d'un acte de naissance d'un enfant issu d'une convention de gestation pour autrui, convention déclarée nulle d'une nullité d'ordre public, aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil, à rapprocher : 1re Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138, Bull. 2013, I, n° 176 (cassation).

**Textes appliqués :**

- articles 16-7, 16-9, 47, 332 et 336 du code civil ; article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant

**Cour de cassation**

**chambre civile 1**

**Audience publique du 13 septembre 2013**

**N° de pourvoi: 12-30138**

ECLI:FR:CCASS:2013:C101091

Publié au bulletin

**Cassation**

**M. Charruault, président**

Mme Le Cotty, conseiller apporteur

Mme Petit (premier avocat général), avocat général

SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 336 du même code ;

Attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que des jumeaux prénommés Adrien Jay et Romain Nikhil sont nés le 26 avril 2010 à Mumbai (Inde), de Mme X...et de M. Y..., lequel, de nationalité

française, les avait préalablement reconnus en France ; que le 11 mai 2010, ce dernier a demandé la transcription sur un registre consulaire des actes de naissance des enfants ; que sur instructions du procureur de la République, le consulat de France a sursis à cette demande ;

Attendu que, pour ordonner cette transcription, la cour d'appel a retenu que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux n'étaient pas contestées ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Y... et Mme X..., ce dont il résultait que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 21 février 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Condamne M. Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize septembre deux mille treize.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par le procureur général près de la cour d'appel de Rennes

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ordonné, en contradiction avec l'ordre public français, la transcription sur les registres d'état-civil d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'un contrat de gestation pour autrui.

Aux motifs que :

les actes de naissance des jumeaux nés le 26 avril 2010 en Inde ont été dressés conformément aux règles de l'état-civil local ; que les filiations paternelle et maternelle ne sont pas contestées ; que les actes ne sont ni irréguliers ni falsifiés et ne déclarent pas de faits contraires à la réalité ; qu'ils respectent les dispositions de l'article 47 du code civil et font foi en France ;

que la circonstance que les naissances résultent d'un contrat de gestation pour autrui, est indifférente en ce que la Cour d'appel n'est pas saisie d'une question de validité de contrat mais de celle d'actes d'état-civil ;

Alors d'une part

que l'article 16-7 du code civil prévoit que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ;

qu'en conséquence le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes inscrit dans le droit positif interdit de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour autrui ;

qu'en l'espèce la filiation des enfants résulte d'une gestation pour autrui admise par Philippe Y... et tenue pour certaine par la Cour d'appel qui indique retenir « que les éléments réunis par le ministère public établissent effectivement l'existence d'un contrat prohibé par les dispositions de l'article 16-7 du code civil » ; qu'ainsi elle ne peut trouver traduction dans l'ordre juridique français, fut-elle licite à l'étranger ;

Qu'en ordonnant une transcription d'actes de naissance contraires à l'ordre public français, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 16-7 du code civil

Alors d'autre part

que la nullité de la convention de gestation pour autrui est d'ordre public selon l'article 16-9 du code civil ; qu'elle s'impose même à l'égard d'un acte qui respecterait les dispositions de l'article 47 du code civil ; qu'en écartant cette nullité au motif d'une validité formelle des actes de naissance concernés, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 16-9 du code civil. **Publication** : Bulletin 2013, I, n° 176

**Décision attaquée** : Cour d'appel de Rennes , du 21 février 2012

**Titrages et résumés** : ETAT CIVIL - Acte de l'état civil - Acte dressé à l'étranger - Transcription - Refus - Cas - Fraude à la loi - Applications diverses - Procréation ou

gestation pour le compte d'autrui

En l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil (arrêt n° 1, pourvoi n° 12-30.138 et arrêt n° 2, pourvoi n° 12-18.315).

Viola ces textes, ensemble l'article 336 du même code, une cour d'appel qui ordonne la transcription, sur les registres de l'état civil français, d'actes de naissance, établis en Inde, de jumeaux, nés dans ce pays, d'une femme étrangère et d'un homme français, après avoir retenu qu'était caractérisée l'existence d'un tel processus (arrêt n° 1, pourvoi n° 12-30.138).

Une cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, en déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant, établi en Inde, et indiquant qu'il est né d'une femme étrangère et d'un homme français, ne peut être transcrit sur les registres de l'état civil français et que la reconnaissance paternelle doit être annulée, l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'étant pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code. En présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être invoqués utilement pour faire obstacle au refus de transcription et à l'annulation de la reconnaissance (arrêt n° 2, pourvoi n° 12-18.315)

FRAUDE - Fraude à la loi - Effets - Etendue - Détermination

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES - Nullité - Atteinte à l'ordre public - Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

FILIATION - Actions relatives à la filiation - Actions en contestation de la filiation - Contestation par le ministère public - Recevabilité - Cas - Fraude à la loi - Applications diverses - Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Accords et conventions divers - Convention de New York du 20 novembre 1989 - Droits de l'enfant - Article 3.1 - Considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant - Domaine d'application - Etendue - Limites - Détermination

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Article 8 - Respect de la vie privée et familiale - Domaine d'application - Etendue - Limites - Détermination

**Précédents jurisprudentiels :** Sur la nullité d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, à rapprocher : 1<sup>re</sup> Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, Bull, 2011, I,

n° 70 (rejet), et les arrêts cités ;1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66.486, Bull, 2011, I, n° 71 (rejet), et les arrêts cités ;1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, Bull, 2011, I, n° 72 (rejet), et les arrêts cités. Sur la fraude à la loi et l'intérêt supérieur de l'enfant, à rapprocher :1re Civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-68.399, Bull. 2010, I, n° 236 (rejet). Sur le refus de transcription d'un acte de naissance d'un enfant issu d'une convention de gestation pour autrui, convention déclarée nulle d'une nullité d'ordre public, aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil, à rapprocher :1re Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138, Bull. 2013, I, n° 176 (cassation)

**Textes appliqués :**

- articles 16-7, 16-9, 47, 332 et 336 du code civil ; article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant

**Recueil Dalloz 2015 p.1819**

**Gestation pour autrui : transcription des actes de naissance étrangers**

**Arrêt rendu par Cour de cassation, ass. plén.**

**03-07-2015**

n° 14-21.323 (n° 619 P+B+R+I)

**Sommaire**

Dans deux arrêts du 3 juillet 2015, la Cour de cassation autorise la transcription sur les registres français des actes de naissance de deux enfants nés en Russie par gestation pour autrui (1).

**Texte**

**intégral**

*LA COUR* : - Sur le second moyen, ci-après annexé : - Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

*Mais sur le premier moyen* : - Vu l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; - Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil 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 ; - Attendu, selon l'arrêt attaqué, que K. B., reconnu par M. B. le 10 mars 2011, est né le 27 août 2011 à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. D. B., de nationalité française, en qualité de père, et M<sup>me</sup> K. D., ressortissante russe qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. B. tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. B. et M<sup>me</sup> D. ; - Attendu que, pour refuser la transcription, l'arrêt retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. B. et M<sup>me</sup> D. ; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, casse et annule, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de transcription de l'acte de naissance de K. B., l'arrêt rendu le 15 avril 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ; laisse les dépens à la charge du Trésor public ; - Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes [...].

**Décision attaquée** : Cour d'appel de Rennes 6<sup>e</sup> ch. A 15-04-2014 (Cassation partielle)

**Texte(s)**

**appliqué(s)**

Code	civil	-	art.	47
Décret	n° 62-921	du	03-08-1962	art. 7
Convention européenne des droits de l'homme du 04-11-1950 - art. 8				

**Mots clés :**  
**FILIATION** \* Etablissement \* Possession d'état \* Maternité de substitution \* Contrat de gestation pour autrui \* Etat civil \* Transcription  
**CONTRAT ET OBLIGATIONS** \* Objet \* Illicéité \* Maternité de substitution \* Mère porteuse \* Ordre public \* Gestation pour autrui  
**ACTE DE L'ETAT CIVIL** \* Etablissement \* Acte de naissance étranger \* Registre de l'état civil \* Transcription \* Intérêt supérieur de l'enfant \* Mère porteuse

(1) À la question de savoir si la transcription sur les registres français d'un acte de naissance, régulièrement établi à l'étranger, d'un enfant dont le père est français, peut être refusée en raison de l'existence d'une convention de gestation pour autrui, la Cour de cassation a donc choisi de répondre par la négative (sur cette problématique, V., en dernier lieu, F. Chénéde, D. 2015. Chron. 1172).  
 Quelle est la portée de ce revirement ?

Dans ces affaires, des enfants étaient nés en Russie. Les actes de naissance désignaient comme pères les hommes de nationalité française ayant reconnu ces enfants, et comme mères les femmes en ayant accouché. Les pères avaient ensuite sollicité la transcription sur les registres de l'état civil français de ces actes de naissance. Cette transcription a été accordée dans un cas (n° 15-50.002) et pas dans l'autre (n° 14-21.323).

Pour contester la transcription ordonnée par la cour d'appel dans le premier arrêt (n° 15-50.002), le procureur général invoque deux arguments. Il estime, tout d'abord, qu'« il est contraire au principe de l'indisponibilité des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil, tel qu'affirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation ». En effet, dans trois arrêts du 6 avril 2011, la Cour de cassation se fondant sur le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, a affirmé son opposition à la transcription des actes de naissance des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger, dès lors qu'ils désignaient comme mère la femme française. Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, elle a consacré une solution identique à propos d'un acte de naissance désignant comme mère la mère porteuse elle-même. Cette solution a été réaffirmée (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n° 13-50.005, D. 2014. Jur. 901<sup>et</sup>, avis J.-P. Jean<sup>et</sup>, et 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon<sup>et</sup>).

En application des arrêts de 2013 et 2014, la cassation semblait par conséquent encourue.

Le rejet du pourvoi n'est cependant pas surprenant. Le 26 juin 2014 en effet, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a considéré que le refus de transcrire la filiation des enfants à l'égard du père biologique constitue une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants, protégée par l'article 8 de la Convention (*Menesson et Labassée* ; CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, D. 2014. Jur. 1797, note F. Chénéde<sup>et</sup>, 1806, note L. d'Avout<sup>et</sup>, et Chron. 1773, par H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon<sup>et</sup>).

À cet égard, et en quelque sorte par anticipation, le second argument développé par le pourvoi (n° 15-50.002) estimait que l'atteinte à l'article 8 n'était pas constituée dès lors que l'enfant n'était privé ni de sa filiation paternelle ni de sa filiation maternelle, pas plus qu'il n'était empêché de vivre au foyer de l'homme l'ayant reconnu.

Cet argument n'a pas convaincu la Cour de cassation qui a estimé « qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. Y et M<sup>me</sup> A. ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ».

Une solution identique est consacrée dans le second arrêt (n° 14-21.323), la cour d'appel, qui avait refusé la transcription, étant censurée au visa de l'article 47 du code civil, ensemble l'article 8 de la Convention EDH, pour n'avoir pas « constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y

étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité ».

Si la transcription des actes de naissance étrangers est ordonnée, c'est donc, d'une part, parce que ces actes ne comportent pas d'irrégularités formelles, et, d'autre part, parce qu'ils sont conformes à la vérité. Autrement dit, c'est sur la croyance que les parents désignés dans l'acte sont les parents biologiques de l'enfant. Le revirement par rapport aux arrêts de 2013 et 2014 est par conséquent indéniable. En revanche, il faut se garder de toute extrapolation : rien n'est dit en effet de la solution qui sera retenue en présence d'un acte étranger désignant comme mère la mère d'intention, hypothèse des arrêts de 2011 ayant provoqué la condamnation de la France par la CEDH mais qui n'était pas ici soumise à la Cour de cassation.

On pourrait voir dans les arrêts du 3 juillet 2015, fondés sur la reconnaissance de la vérité biologique, une lecture *a minima* des arrêts *Menesson* et *Labassée*.

La Cour de cassation semble toutefois aller plus loin et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, elle ne réaffirme pas le principe de la prohibition de la gestation pour autrui, ce qu'elle aurait pu faire tout en autorisant la transcription au nom du droit au respect de la vie privée, prenant ainsi acte de la condamnation par la CEDH. Ensuite, elle refuse de subordonner la transcription à la vérification de la conformité de la reconnaissance du père français à la vérité biologique. C'est pourtant cette voie qui avait été préconisée par le procureur général, dans son avis qui invitait la Cour à exiger cette « preuve judiciaire comme une conséquence nécessaire des arrêts de la CEDH » (avis M. Marin, p. 57), étant de surcroît précisé que, dans l'une des affaires (n° 14-21.323), il existe des doutes sérieux quant au fait que le père déclaré soit effectivement le père biologique de l'enfant (avis préc., p. 18).

Inès

Gallmeister

GPL239p2

Gazette du Palais, 17 septembre 2015 n° 260, P. 9 - Tous droits

réservés Gazette

## 239p2 — Gestation pour autrui et filiation

### Revirements, paradoxes et incertitudes du droit français

Par deux arrêts très attendus en date du 3 juillet 2015, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que le refus de transcrire à l'état civil français, l'acte de naissance étranger d'un enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger, et ayant un de ses parents français, ne peut être refusé sur le fondement de la seule existence d'une convention de gestation pour autrui, à partir du moment où l'acte étranger mentionne en qualité de père et mère les parents biologiques de l'enfant.

Cet important revirement de la jurisprudence de la haute juridiction, qui jusque-là avait toujours rejeté les pourvois de ce type, semble apparemment marquer une évolution, sous l'angle des droits fondamentaux, de la position française en matière de reconnaissance des effets de la gestation pour autrui internationale.

Mais, n'oublions pas que *le diable se cache dans les détails*, et que paradoxalement cette décision met à nouveau en évidence toutes les incertitudes et interrogations liées aux conventions de mère porteuse. Loin de clarifier et d'apaiser, la position de la Cour de cassation va très certainement relancer le débat, notamment sur le terrain de la reconnaissance d'un statut pour les mères « légales » ou d'intention, et au-delà sur l'autorisation en France de ce mode de procréation assistée.

*Gazette – État civil – inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA – intérêt supérieur de l'enfant – filiation – gestation pour autrui – mère porteuse – mère d'intention – convention de mère porteuse – ordre public – ordre public international – fraude – Cour européenne des droits de l'Homme – article 8 de la Conv. EDH*

par Patrice Le Maigat

maître de conférences à l'université Rennes

1 LexFEIM – université du Havre EA 1013

CIRAM – université Laval (Québec)

**Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21323, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00619, M. X c/ Procureur général près la cour d'appel de Rennes et a., PB (cassation partielle CA Rennes, 15 avr. 2014), M. Louvel, prés. ; SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Spinosi et Sureau, av.**

**Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50002, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00620, M. X c/ Procureur général près la cour d'appel de Rennes, PB (rejet pourvoi c/ CA Rennes, 16 déc. 2014), M. Louvel, prés. ; SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Spinosi et Sureau, av.**

Victoire pour certain, désillusion pour d'autres, les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015 feront date et ne manqueront pas de susciter de nombreux commentaires tant juridiques, politiques, que sociologiques et anthropologiques, car la gestation pour autrui (GPA) est devenue au fil des années le sujet de toutes les peurs, de toutes les fictions, de tous les phantasmes.

La « maternité de substitution » dérange, en tant que pratique par laquelle une femme porte un fœtus, poursuit la grossesse jusqu'à la naissance de l'enfant avec la volonté de transférer ses droits et devoirs parentaux au(x) parent(s) d'intention. Au-delà du droit, la gestation pour autrui interpelle sur le plan politique, religieux, philosophique, culturel et sociétal. Aujourd'hui, elle est au cœur des questions concernant le couple, la filiation et la parenté.

Au-delà des passions, comment le droit doit-il appréhender cette technique de procréation médicalement assistée faisant intervenir un tiers dans la conception d'un enfant ? *A priori*, les États sont libres de légaliser ou de prohiber la

gestation pour autrui, notamment pour des raisons éthiques et morales<sup>1</sup>, mais la pratique appelle également un traitement international de la question, puisque le « tourisme procréatif » contraint le législateur et la jurisprudence interne à prendre position sur des situations valablement constituées à l'étranger.

En l'espèce, la haute juridiction était saisie de deux affaires dans lesquelles, un français avait reconnu en Russie, la paternité d'un enfant à naître. L'acte de naissance mentionnant l'homme en tant que père et la femme ayant accouché en tant que mère. Dans les deux cas, le procureur de la République s'y est opposé, soupçonnant le recours à une convention de gestation pour autrui.

La question posée est simple. Le refus de transcription sur les actes de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, régulièrement établi dans un pays étranger, peut-il être motivé au seul fait que la naissance est l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA ?

La jurisprudence antérieure de la Cour de cassation interdisait à une convention de GPA de produire ses effets en France, car nulle, d'une nullité d'ordre public et contraire au principe français d'indisponibilité de l'état des personnes. Dans ces arrêts du 3 juillet 2015, la Cour de cassation considère désormais que les actes de naissance, dont la transcription est demandée mentionnant comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme qui a accouché, doivent être transcrits sur les actes de l'état civil français, interprétés à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'arrêt qui écartait la demande de transcription au seul motif que la naissance était l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA est cassé (CA Rennes, 15 avr. 2014) et le pourvoi dirigé contre le second arrêt qui ordonnait la transcription est rejeté (CA Rennes, 16 déc. 2014). La théorie de la fraude ne peut donc plus faire obstacle à la transcription.

La nouvelle approche de la Cour de cassation constitue une véritable évolution jurisprudentielle sous l'angle des droits fondamentaux (I). Néanmoins, cette position soulève également de nombreuses interrogations car elle apparaît avant tout « politique » et semble laisser volontairement de côté certains aspects essentiels liés au contexte international de la filiation (II).

## **I – La nouvelle logique de reconnaissance des enfants nés à l'étranger issus de GPA sous l'angle des droits fondamentaux**

Reconnaître ou ne pas reconnaître, tel était le dilemme de la Cour de cassation depuis plusieurs années en matière de reconnaissance d'enfants issus d'une GPA nés à l'étranger et dont l'un des parents avait la nationalité française. La situation était devenue depuis quelque temps complètement inextricable, car comment concilier les principes du droit français qui condamne la GPA<sup>2</sup>, et l'intérêt des enfants issus de ces techniques de procréation médicalement assisté (PMA)<sup>3</sup>. La question étant de savoir si la filiation biologique doit être reconnue dans tous les cas de gestation pour autrui, y compris en cas de fraude à la loi, et si l'intérêt de l'enfant doit primer sur le principe d'indisponibilité du corps humain. La solution de la Cour de cassation (A), tout en refusant une transcription systématique redonne à l'intérêt supérieur de l'enfant toute sa force et sa légitimité mais ouvre également une dangereuse troisième voie « politique », car fragile et incertaine (B).

## **A – La revalorisation de l'intérêt de l'enfant et la prise en considération de la jurisprudence de la CEDH**

Dans les deux affaires soumises à la Cour de cassation, les pourvois conduisaient à s'interroger sur la compatibilité de la jurisprudence française avec les récentes décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), notamment les arrêts *Labassée* et *Menesson* du 26 juin 2014<sup>4</sup>, dans lesquelles la France a été condamnée, pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme au regard du respect de la vie privée. L'argumentation de la CEDH reposant sur le fait que bien que leur père biologique est français, les enfants issus d'une GPA sont confrontés à l'incertitude de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du Code civil, pouvant affecter négativement la définition de leur propre identité. La Cour a par ailleurs considéré que l'absence de filiation en droit français avec leur père biologique et leur mère d'intention a des conséquences sur leurs droits successoraux.

Sur la base de ces décisions de la CEDH, la jurisprudence française ne pouvait qu'évoluer, malgré les nombreuses réticences<sup>5</sup>, afin que l'enfant ne soit pas désavantagé pour avoir été mis au monde par une mère porteuse, et ne subisse les choix « négatifs » de ses parents. Dans son rapport<sup>6</sup> commun aux deux pourvois de l'espèce,

M. Christophe Soulard, tout en rappelant le principe d'interdiction des conventions de gestation pour autrui (C. civ., art. 16-7 et 16-9)<sup>7</sup>, précise que l'article 3, paragraphe 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant affirme « que dans toutes les décisions concernant les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » et qu'il résulte de la jurisprudence de la CEDH que « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il fait accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille »<sup>8</sup>.

La question est donc ici, une fois de plus, celle de la conception de l'intérêt de l'enfant qui diffère selon le type de juridiction. Les textes internationaux donnent une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui s'oppose à ce que l'enfant soit privé d'un lien juridique avec son parent alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance, le droit de mener une vie familiale normale. L'intérêt est dit « supérieur » car il doit prévaloir sur tout autre intérêt, notamment du fait que les enfants ont un degré de développement physique et psychologique ainsi que des besoins affectifs et éducatifs différents de celui des adultes<sup>9</sup>. Comme le souligne avec force Jean-Pierre Marguenaud dans son commentaire des arrêts *Mennesson et Labassée*<sup>10</sup>, « l'intérêt supérieur de l'enfant, revalorisé au grand dam de celles et de ceux qui le jettent allègrement par-dessus bord pour assouvir leur soif de règles et d'interdictions abstraites indifférentes à la cruauté de leur application concrète est un intérêt qui se manifeste une fois qu'il a pu vivre avec ses parents d'intention sur le territoire d'un État où, la gestation pour autrui est encore interdite ».

Dès lors, l'atteinte à la vie privée de l'enfant est constituée par le refus de transcription de sa filiation à l'état civil français telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger. Néanmoins, cette transmission ne doit pas être automatique et les États doivent pouvoir garder une marge d'appréciation, car la question de la réception dans l'ordre juridique d'une GPA internationale, aux formes plures et aux effets différenciés, ne peut se résoudre d'autorité par l'opposition de la fraude ou, en sens inverse, par la suprématie d'un principe, fût-il aussi important que l'intérêt supérieur de l'enfant ou le respect de son droit à l'identité ou au droit de mener une vie familiale normale<sup>11</sup>.

## B – Le choix d'une troisième voie « politique » de la Cour de cassation

La solution de la Cour de cassation, en considérant que le droit au respect de la vie privée de l'enfant justifie que son état civil mentionne le lien de filiation biologique à l'égard de son père semble correspondre à la volonté du gouvernement français de trouver une solution alternative entre le *statu quo* et la transmission automatique des actes à l'état civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA.

On se souvient en effet qu'en octobre 2014, Manuel Valls après avoir « exclu totalement d'autoriser la transcription automatique des actes étrangers, car cela équivaldrait à accepter et normaliser la GPA » et « qu'il serait incohérent de désigner comme parents des personnes ayant eu recours à une technique clairement prohibée », promettait de prendre acte de la condamnation de la France par la CEDH, mais à travers une troisième voie. « La CEDH nous demande de veiller à ce que les enfants nés de mères porteuses jouissent de conditions d'existence conformes à leur intérêt. Ces enfants, en effet, ne sont pas responsables de la situation dans laquelle ils se trouvent.. Il y a donc trois questions en suspens que nous devons traiter : celle de leur protection (quel substitut à l'autorité parentale ?), celle de leur droit à hériter, celle de leur nationalité. Ces questions sont trop graves pour être envisagées dans l'urgence. Nous nous laissons le temps de la réflexion, dans l'intérêt des enfants et des familles »<sup>12</sup>.

Cependant, plusieurs mois après, le Gouvernement n'a encore proposé aucune solution concrète et ces solutions de la haute juridiction peuvent donc logiquement apparaître comme une ébauche du renouvellement du droit, mais, d'une part, on ne peut que regretter l'absence de débat législatif et de prise de position du pouvoir exécutif, et, d'autre part, elles laissent en suspens de nombreuses questions, dont celles de la reconnaissance des mères d'intention. Bien sûr, en l'espèce, les pourvois n'évoquaient pas cette question, mais à lire entre les lignes, on en déduit, que les mères d'intention ne devraient pas figurer à l'état civil de leurs enfants, ce qui ne va manquer de susciter de nombreux commentaires.

La solution « alternative » de la Cour de cassation risque donc de se révéler très vite une solution bancale, car *to play both ends against the middle*<sup>13</sup> peut conduire, en termes d'efficacité, à des résultats complètement différents. La géométrie variable du cadre juridique et du contexte politique applicable à la GPA nous fait hésiter entre Shakespeare et Kafka !

## II – L’avenir incertain du droit français de la filiation dans un contexte international de « tourisme procréatif » en plein essor

Comme le soulignait à fort juste titre Philippe Malaurie : « Plus encore que pour toute autre règle, le droit de la filiation est une technique juridique dépendant d’une idéologie »<sup>14</sup>. Le droit français de la filiation, et au-delà pourrait-on dire l’ensemble du droit de la famille, navigue aujourd’hui entre doutes et incertitudes et se trouve par conséquent en plein désarroi. La position française, notamment au regard des règles de droit international privé, semble aujourd’hui fragilisée (A), et la question du refus de la gestation pour autrui essentiellement sur le fondement de l’indisponibilité de l’état des personnes et du corps humain dans une approche naturaliste de la famille devient également de plus en plus critiquable (B).

### A – La position française au regard du droit international privé

Le tourisme procréatif, à destination des pays dont la législation encadre favorablement le recours à des techniques non admises en France, est un phénomène qui ne cesse de s’amplifier depuis quelques années pour les couples souhaitant avoir des enfants, favorisé aujourd’hui par des modes de déplacements internationaux et l’accès à l’information sur internet<sup>15</sup>. Il s’agit là d’un enjeu international dont les conséquences ne peuvent être résolues par le seul droit national, et pour lequel l’adoption d’une convention internationale est nécessaire. Pour le moment, la question est toujours de savoir, à l’aune de la jurisprudence de la Cour de cassation et des derniers arrêts de la CEDH, quel cadre juridique appliquer à la reconnaissance, dans l’ordre juridique français, d’une GPA internationale régulièrement souscrite à l’étranger mais contraire à certains principes essentiels du droit positif ?

Cette question ne peut être examinée, en l’absence de convention internationale qu’à la lumière de la conception internationale de l’ordre public<sup>16</sup>, et éventuellement en application des règles de conflit de lois, même si cette méthode soulève de nombreuses difficultés<sup>17</sup> et risque de conduire à des impasses.

En matière de droit des personnes et de droit de la famille, l’ordre public international peut être opposé non seulement au stade de la reconnaissance ou de l’exequatur d’une décision étrangère par le juge, ou de celui de l’application d’une loi étrangère désignée par une règle de conflit mais aussi au stade de la transcription d’un acte de l’état civil dressé à l’étranger ou pris en exécution d’un jugement sur l’état des personnes concernant un français.

La reconnaissance de ces situations étrangères dans l’ordre juridique français peut ainsi se justifier, en raison de l’ordre public international, devant des règles que le juge élève au plus haut niveau en raison de leur caractère fondamental ou intangible, et peuvent conduire à admettre des situations étrangères, en rupture avec les traditions juridiques françaises, mais qui, dans leurs effets, ne les heurtent pas suffisamment.

Le contrôle de l’ordre public pour prendre en compte les conséquences effectives de l’application d’une décision étrangère ne peut donc que reposer sur une appréciation *in concreto* de la situation.

Par ailleurs, il est notable que le droit international privé intègre de plus en plus les règles conventionnelles concernant les droits fondamentaux, avec pour conséquence en matière de droit de la famille et de l’état des personnes de modifier profondément la perception de l’ordre public, notamment du fait de la mutation des structures familiales en Europe<sup>18</sup>. C’est pourquoi, en l’état actuel du droit, le critère de l’ordre public apprécié par le juge interne à la réception internationale dans l’ordre juridique français d’une situation régulièrement acquise à l’étranger, est au cœur de la problématique liée à la GPA. La défense de cet ordre public international peut-il continuer à s’opposer à la reconnaissance de situations de GPA régulièrement acquises dans des pays limitrophes partageant une culture juridique, des traditions, des principes et des instruments internationaux communs ?

Le concept d’ordre public doit nécessairement évoluer et c’est dans ce contexte que doit s’insérer le débat sur la nouvelle notion de principes essentiels du droit français, consacré par la Cour de cassation en 2008 et appliquée dans le domaine de la gestation pour autrui, témoignant d’une volonté de la haute juridiction de mieux s’adapter aux profondes mutations que connaît le droit de la famille et l’état des personnes, sous le double contrôle de l’ordre public et des droits fondamentaux.

### B – La critique du principe d’indisponibilité des personnes

Deux grands principes ont été invoqués afin d’entraver la reconnaissance de la gestation pour autrui : l’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes, et au-delà de la dignité humaine. Ils permettent notamment de défendre

une certaine conception de la famille et de la maternité, visant à affirmer que « les seuls vrais parents sont les géniteurs, et que s'il est tolérable que le père ne soit pas géniteur, redéfinir la maternité est inenvisageable »<sup>19</sup>.

Cette conception repose en grande partie sur l'argument des risques psychiques liés à la séparation de l'enfant avec sa « vraie mère », avancés dans d'autres champs disciplinaires (psychologie, psychiatrie), et qui a trouvé un certain écho chez les juges. Elle repose également sur un postulat éthique ou moral, voire religieux de la maternité et des fondements du droit de la filiation. Le modèle qui refuse la GPA au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes reflète bien souvent une conception conservatrice dans laquelle les filiations par procréation médicalement assistée n'ont pas la même dignité que les filiations sans artifices<sup>20</sup>. Or, il n'y a pas *a priori* de parents plus dignes que d'autres, ni de filiation plus nobles que d'autres.

Ces fondements classiques ont été maintes fois dénoncés comme étant incantatoires et imprécis<sup>21</sup>, et leur portée est aujourd'hui de plus en plus remise en question<sup>22</sup>. Depuis quelques années, l'angle sous lequel la maternité de substitution est abordée s'est modifié. Ce n'est pas tant la question de l'indisponibilité des personnes ou de la dignité humaine qui prime, que l'approche « féministe », liée au risque que la GPA fait courir aux femmes (sur le plan physique ou psychique), à leur conditions socio-économiques, ou à leur rapport à la maternité<sup>23</sup>. Le féminisme est donc devenu aujourd'hui le principal fondement pour légitimer ou condamner la pratique de la gestation pour autrui. C'est désormais la cause des femmes qui l'emporte, déplaçant de ce fait le débat juridique sur un autre terrain.

**En conclusion**, ces deux arrêts brièvement commentés marquent indéniablement une rupture dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de reconnaissance d'enfants nés à l'étranger dans le cadre d'une gestation pour autrui, et constitue une véritable avancée du droit, notamment au regard du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit français ne peut aujourd'hui opposer à un enfant son mode de conception ou sa naissance pour lui refuser des droits au nom de l'intérêt général. C'est certainement la meilleure solution humaine et juridique.

Néanmoins, le débat concernant la maternité de substitution est loin d'être clos. Bien au contraire, il est à parier que cette jurisprudence va le relancer avec encore plus d'intensité, car le droit de la famille, bien que technique, est devenu aujourd'hui avant tout politique, idéologique, voire dogmatique.

Cette décision ne manquera pas de réveiller tous les phantasmes liés à la GPA, plus ou moins justifiés (usine à bébés, exploitation du corps des femmes des pays en développement, non-respect de la dignité de la femme, assimilation de la GPA au trafic d'enfants, amalgame avec la filiation incestueuse).

Mais, gardons également à l'esprit que derrière chaque GPA se trouve des couples ou des familles en souffrance, qui bravent les interdits dans la clandestinité pour ensuite affronter de longs parcours judiciaires. Ne faut-il pas alors, à la suite du doyen Carbonnier distinguer la question du couple et des enfants et « baisser le rideau pour un temps »<sup>24</sup> ? « À chacun sa famille, à chacun son droit »<sup>25</sup>.

---

1 1. De nombreux États interdisent la GPA, notamment, la France (loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 introduisant dans le Code civil les articles 16-7 et 16-9).

2 2. En droit interne, la Cour de cassation a, dans un arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1999, condamné la pratique des mères porteuses en se fondant sur le principe d'indisponibilité du corps humain et sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. La solution a été consacrée par le législateur en 1994 et la première chambre civile de la Cour de cassation a, dans trois arrêts du 6 avril 2011, appliqué ces principes au cas de naissances d'enfants nés à l'étranger en application de lois étrangères validant les contrats de mères porteuses (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011, n° 09-66486 : Bull. civ., I, n° 71 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011, n° 10-19053 : Bull. civ., I, n° 72 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011, n° 09-17130 : Bull. civ., I, n° 70).

3 3. Dans deux arrêts du 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'Homme, sur le recours de deux parties aux arrêts du 6 avril 2011, a condamné la France pour atteinte au respect de la vie privée des enfants, au regard de l'établissement de leur filiation paternelle biologique (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11).

4 4. CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11, préc. – CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, préc.

5 5. Une grande partie de la doctrine est opposée au principe même de la gestation pour autrui et des conséquences de l'établissement en France de la filiation d'enfants nés à l'étranger par ce procédé.

- 6 6. Rapp. C. cass., 18 mai 2015, n<sup>os</sup> S1421323 et K1550002.
- 7 7. *Ibid.*, p. 11 et s.
- 8 8. *Ibid.*, p. 29.
- 9 9. Comité des droits de l'enfant des Nations Unis, « Observations générales n° 10 », CRC/C/GC/10, 25 avr. 2007, p. 5.
- 10 10. J.-P. Marguenaud, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui » : RTD civ. 2014, p. 835.
- 11 11. Voir en ce sens l'avis du procureur général J.-C. Marin, 19 juin 2015.
- 12 12. Interview de Manuel Valls dans le journal *La Croix* du 2 octobre 2014.
- 13 13. Jouer les deux extrémités contre le milieu.
- 14 14. P. Malaurie (dir.), *Droit civil, La famille*, éd. Cujas, 1998, 6<sup>e</sup> éd., n° 450, p. 256.
- 15 15. La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation et les récents arrêts de la CEDH vont certainement encourager les couples qui hésitaient à recourir à une GPA à l'étranger, en l'absence de reconnaissance en France, à franchir le pas.
- 16 16. Sur la notion d'ordre public en tant que notion transversale du droit, v. notamment le Rapport annuel de la Cour de cassation 2013.
- 17 17. Application de la règle de conflit française ? Admission du renvoi et complexité du choix de la loi applicable (celle de la mère désignée dans l'acte, celle de la mère d'intention, celle de la mère porteuse, celle de la mère biologique en cas de dons d'ovocytes ?).
- 18 18. En ce sens, l'avis du procureur général J.-C. Marin, 19 juin 2015, p. 35.
- 19 19. M.-X. Catto, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? » : *La Revue des droits de l'homme*, 3, 2013, p. 11.
- 20 20. *Ibid.*, p. 13.
- 21 21. M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » : RTD civ. 1992, p. 489.
- 22 22. M. Levinet, « Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in J.-M. Larralde (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruylant, 2009, p. 71.
- 23 23. D. Roman, « La gestation pour autrui, un combat féministe ? » : *Travail, genre et sociétés* 2012/2, n° 28, p. 191.
- 24 24. J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2002, 21<sup>e</sup> éd., p. 240.
- 25 25. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, p. 181.

Document 1 de 1



La Semaine Juridique Edition Générale n° 38, 14 Septembre 2015, 965

## La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima

Note sous arrêt par Adeline Gouttenoire  
professeur à la faculté de droit et de science politique de Bordeaux, directrice du CERFAP et de l'Institut des mineurs

État civil

Sommaire

En admettant que la gestation pour autrui, en elle-même, ne fait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger sur les actes d'État civil français, les arrêts du 3 juillet 2015 apportent une solution à une partie des difficultés suscitées par le recours à une gestation pour autrui à l'étranger. La Cour de cassation, sans aucun doute influencée par la condamnation récente de la France par la Cour EDH, accepte, à travers ce revirement de jurisprudence, de limiter les effets de la prohibition en France de la gestation pour autrui, lorsque les mentions de l'acte de naissance correspondent à la réalité, sans pour autant revenir sur le principe même de cette interdiction et sans porter atteinte aux principes fondamentaux du droit des personnes et de la famille.

Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323, P+B+R+I : JurisData n° 2015-015879

LA COUR - (...)

Pourvoi n° 14-21.323

Vu l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

o Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil 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 ;

o Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Kolia B., reconnu par M. B. le 10 mars 2011, est né le 27 août 2011 à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. Dominique B., de nationalité française, en qualité de père, et Mme Kristina D., ressortissante russe qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. B. tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. B. et Mme D. ;

o Attendu que, pour refuser la transcription, l'arrêt retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. B. et Mme D. ;

o Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

**Par ces motifs :**

o Casse et annule, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de transcription de l'acte de naissance de Kolia B., l'arrêt rendu le 15 avril 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes (...) pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris (...)

*MM. Louvel, prem. prés., Terrier, Guérin, Frouin, Mmes Flise, Batut, Mouillard, prés., M. Soulard, cons.-rapp., Mmes Nocquet, Aldigé, Bignon, Riffault-Silk, Le Boursicot, Orsini, MM. Chollet, Huglo, Maunand, Poirotte, Chauvin, cons., Marin, proc. gén. ; SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Spinosi et Sureau, av.*

Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002, P+B+R+I : JurisData n° 2015-015881

LA COUR - (...)

Pourvoi n° 15-50.002

**Sur le moyen unique :**

o Attendu, selon l'arrêt attaqué (*CA Rennes, 16 déc. 2014*), que Lizie G., reconnue par M. G. le 1<sup>er</sup> février 2011, est née le 30 mai 2011, à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. Patrice G., de nationalité française, en qualité de père, et Mme Lilia R. V., ressortissante russe, qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. G. tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. G. et Mme V. ;

o Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt d'ordonner la transcription, alors, selon le moyen (...)

o Mais attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. G. et Mme V. ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé ;

**Par ces motifs :**

o Rejette le pourvoi (...)

*MM. Louvel, prem. prés., Terrier, Guérin, Frouin, Mmes Flise, Batut, Mouillard, prés., M. Soulard, cons.-rapp., Mmes Nocquet, Aldigé, Bignon, Riffault-Silk, Le Boursicot, Orsini, MM. Huglo, Chollet, Maunand, Poirotte, Chauvin, cons., Marin, proc. gén. ; SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Spinosi et Sureau, av.*

Les arrêts rendus le 3 juillet 2015 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (n° 14-21.323 : *JurisData* n° 2015-015879. - et n° 15-50.002 : *JurisData* n° 2015-015881) étaient particulièrement attendus après la condamnation de la France par la Cour EDH dans les affaires *Menesson* et *Labassée* (*CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 : JurisData* n° 2014-015212. - n° 65941/11 : *JurisData* n° 2014-015214 ; *JCP G* 2014, *doctr.* 832, n° 10, *obs. F. Sudre ; JCP G* 2014, 877, *A. Gouttenoire*) ainsi que l'arrêt du Conseil d'État du 12 décembre 2014 (*CE, 12 déc. 2014, n° 367324, n° 366989, n° 366710, n° 365779, n° 367317, n° 368861 : JurisData* n° 2014-030462 ; *JCP G* 2015, 32, *A. Gouttenoire*) validant, selon les préceptes de la Cour euro-

péenne, la circulaire visant à accorder la nationalité aux enfants nés de gestation pour autrui (GPA) à l'étranger.

Dans les deux espèces, l'acte de naissance russe de l'enfant, dont la transcription sur les registres d'État civil français était sollicitée, mentionnait comme père l'homme qui avait sollicité les services de la mère porteuse russe et qui se présentait comme son géniteur - ce qu'il était probablement -, et en qualité de mère, la femme qui avait porté et accouché de l'enfant et l'avait ensuite abandonné. Dans les deux espèces, le père avait également procédé à une reconnaissance de l'enfant en France.

Pour rejeter le pourvoi dans l'un des arrêts (*n° 15-50.002*), la Cour de cassation affirme que la cour d'appel de Rennes « ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, (...) en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue [entre le père et la mère indiqués par ledit acte] ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ». Dans l'autre arrêt (*n° 14-21.323*), la Haute juridiction casse pour violation de la loi l'arrêt d'appel qui avait refusé la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres d'État civil français, au motif « qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre [le père et la mère mentionnés dans l'acte] ». Selon la Cour de cassation, « en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Ces arrêts présentent incontestablement une part d'ombre et de lumière. En effet, si l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, opérant ce qui est clairement un revirement de jurisprudence, affirme que la convention de GPA ne fait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance dès lors que les faits correspondent à la réalité (1), elle laisse sans solution nombre de situations consécutives au recours à la GPA à l'étranger, lorsque la filiation de l'enfant doit être établie à l'égard de parents d'intention (2).

## 1. L'indifférence de la GPA lorsque les faits correspondent à la réalité

Quoique cantonnés à une hypothèse spécifique de GPA (A), les arrêts du 3 juillet 2015 n'en constituent pas moins un revirement de jurisprudence inspiré par la condamnation de la France par la Cour EDH (B).

### A. - Le cantonnement du revirement à une hypothèse spécifique de GPA

Dans l'une et l'autre des affaires soumises à la Cour de cassation, la demande portait précisément sur la transcription directe d'un acte de naissance étranger sur les registres d'État civil français et non sur la reconnaissance d'un jugement qui désignerait des parents différents des parents biologiques, particulièrement des parents d'intention. En effet, les autorités russes n'avaient pas fait jouer à la convention de mère porteuse - autorisée dans ce pays par une loi fédérale, à certaines conditions - d'effets particuliers sur la filiation, laquelle avait été établie à l'égard des deux parents de l'enfant comme si celui-ci n'était pas issu d'une convention de GPA, et il n'est d'ailleurs même pas certain que cette dernière ait été invoquée au moment de l'établissement de l'acte de filiation.

**L'hypothèse spécifique visée par les arrêts du 3 juillet 2015 correspond toutefois à un nombre non négligeable de recours à la GPA à l'étranger, notamment au profit d'hommes célibataires ou homosexuels.** Elle est d'ailleurs à l'origine de plusieurs décisions antérieures. Tel était le cas d'un arrêt de la cour d'appel de Rennes du 21 février 2012 (*n° 11/02758* : *JurisData n° 2012-002735* ; *JCP G 2012, act. 353, obs. A. Marais* ; *AJF 2012, p. 226, obs. C. Siffrein-Blanc*) mais également plus récemment des arrêts rendus par la Cour de cassation le 13 septembre 2013 (*Cass. 1re civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315* : *JurisData n° 2013018930* - *n° 12-30.138* : *JurisData n° 2013-018928* ; *JCP G 2013, 985, A. Mirkovic* ; *JCP G 2014, doctr. 43, n° 4, obs. A. Gouttenoire*) et le 19 mars 2014 (*Cass. 1re civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005* : *JurisData n° 2014-005309* ; *JCP G 2014, act. 380, obs. A. Mirkovic* ; *JCP G 2014, 613, J. Heymann* ; *D. 2014, p. 905, obs. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon*).

Dans les arrêts du 3 juillet 2015, la Cour de cassation ne répond qu'à la question qui lui est posée, c'est-à-dire, comme le précise le communiqué de presse, celle de savoir si « le refus de transcription sur les actes de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant dont au moins l'un des parents est français,

régulièrement établi dans un pays étranger, peut-il être motivé par le seul fait que la naissance est l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA ? ».

## B. - Un revirement inspiré par la jurisprudence européenne

Pour apprécier le sens des arrêts de 2015, il faut les comparer aux décisions rendues par la Cour de cassation dans des hypothèses identiques, c'est-à-dire les arrêts du 13 septembre 2013 et du 19 mars 2014, qui concernaient également un homme ayant conclu une convention de GPA avec une mère porteuse à l'étranger et qui sollicitaient la transcription de l'acte de naissance qui les mentionnait l'un et l'autre comme parents de l'enfant. Dans les arrêts de 2013 et 2014, la Cour de cassation avait affirmé que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français, dès lors que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de GPA. Au regard de cette affirmation, les arrêts du 3 juillet 2015 constituent bien un revirement de jurisprudence puisqu'ils affirment clairement la solution inverse, la Cour de cassation considérant notamment que c'est « à bon droit » que la cour d'appel, ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier, ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, en a déduit que la convention de GPA ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance. **La Cour de cassation ne saurait dire plus clairement que désormais, le fait que l'enfant ait été conçu dans le cadre d'une GPA ne suffit pas, à lui seul, à empêcher la transcription sur les registres d'état civil français de son acte de naissance étranger.**

La Cour de cassation se fonde sur l'article 47 du Code civil interprété à la lumière de l'article 8 de la Convention EDH, le tout éclairé - même si la Cour de cassation ne le dit pas - par les arrêts *Menesson et Labassée* rendus par la Cour EDH le 26 juin 2014. Pour fonder son revirement, la Cour de cassation se réfugiant, comme la cour d'appel de Rennes en 2012, dans l'analyse formelle de l'acte étranger dont la transcription était sollicitée sur le fondement de l'article 47 du Code civil, constate que la régularité de l'acte n'était pas contestée au regard des exigences de ce texte. En effet, l'acte en lui-même ne faisait pas état de la convention et reflétait la réalité au moins supposée de la filiation de l'enfant tant du côté paternel que maternel.

Alors que la cour d'appel de Rennes, contre l'arrêt de laquelle le pourvoi a été rejeté, s'était fondée sur la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour de cassation s'est contentée de viser l'article 8 de la Convention EDH dans l'un des arrêts et ne se réfère ni à l'intérêt de l'enfant ni à son droit à l'identité, comme l'ont fait la Cour européenne dans les arrêts *Menesson et Labassée* et le Conseil d'État dans l'arrêt du 12 septembre 2014. Le choix d'une formulation technique s'inscrit certainement dans la volonté de la Cour de cassation de limiter la portée de son revirement à l'hypothèse particulière de recours à la GPA dans laquelle étaient rendus les arrêts du 3 juillet 2015.

L'existence d'un lien biologique entre l'enfant et ses parents déclarés explique l'influence sur ces arrêts de la condamnation de la France par la Cour européenne alors même que celle-ci concernait une hypothèse différente de recours à la GPA. C'est bien parce que la condamnation européenne portait précisément sur l'absence de reconnaissance d'une filiation correspondant à la réalité biologique que la Cour de cassation ne pouvait plus refuser cette reconnaissance dans l'hypothèse des arrêts de 2015, dans laquelle les parents indiqués dans l'acte de naissance à transcrire étaient les parents génétiques de l'enfant.

Par ce revirement, la Cour de cassation limite les effets de l'article 16-7 du Code civil selon lequel « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » et admet que cette convention conclue à l'étranger n'empêche pas la reconnaissance des liens de filiation qui en découle.

Les attendus des arrêts de 2015 doivent être rapprochés des avis du 22 septembre 2014 (n° 15010 : *Juris-Data* n° 2014-021255. - et n° 15011 : *JurisData* n° 2014-021251 ; *JCP G* 2014, act. 1004, *Libres propos J. Hauser*) dans lesquels la Cour de cassation a affirmé que le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger dans des conditions différentes de celles exigées par la loi française ne fait pas obstacle à l'adoption par l'épouse de la mère de l'enfant né de cette procréation. Ainsi, les conditions de la conception médicalement assistée de l'enfant, procréation médicalement assistée (PMA) ou GPA, sont désormais, en elles-mêmes, indifférentes à la reconnaissance de sa filiation.

Cette évolution jurisprudentielle peut être lue comme une solution *contra legem*, en opposition avec l'article 16-7 du Code civil, sauf à considérer qu'il s'agit seulement d'apporter une exception à ce texte lorsque la

convention de GPA a été exécutée à l'étranger. Il ne s'agit cependant pas de remettre en cause la prohibition française de la GPA ; les décisions du 3 juillet 2015 ne s'opposent pas à la répression du recours en France à une mère porteuse, comme ce fut le cas à Bordeaux le 1er juillet 2015 où le tribunal correctionnel a condamné un couple homosexuel qui avait eu recours à une mère porteuse ayant accouché en France sur le fondement de la provocation à l'abandon d'enfant de l'article 227-12 du Code pénal (*TGI Bordeaux, 5e ch. corr., 1er juill. 2015, n° 14322000193* ; *Lexbase Hebdo éd. privée n° 621, 16 juill. 2015, n° N8427BUN, obs. A. Gouttenoire*).

## 2. Le poids de la GPA en présence de parents d'intention

Les arrêts du 3 juillet 2015 laissent en suspens la question de la filiation des parents d'intention, comme le précise d'ailleurs le communiqué de presse selon lequel « les espèces soumises à la Cour de cassation ne soulevaient pas la question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard de parents d'intention : la Cour ne s'est donc pas prononcée sur ce cas de figure ». Il convient cependant de s'interroger sur les solutions pouvant être apportées à cette hypothèse après les arrêts de 2015, sachant que lorsque la GPA est commanditée par un couple, dont les membres sont donc les parents d'intention de l'enfant, la situation diffère du tout au tout selon qu'il s'agit de la filiation paternelle (A) ou de la filiation maternelle (B).

### A. - La filiation à l'égard du père d'intention

La qualité de père d'intention dans le processus de GPA n'est pas antinomique avec la qualité de père génétique, mais lorsque le père présente ces deux qualités, le fait d'être père biologique va primer et permettre la reconnaissance de la filiation paternelle comme ce fut le cas dans les affaires jugées par la Cour de cassation en 2015.

**Les conséquences que pourrait avoir la preuve que le père mentionné sur l'acte comme géniteur ne soit pas, en réalité, le père biologique de l'enfant, ne peuvent pas être mesurées au regard des arrêts du 3 juillet 2015.** Il est certain que, contrairement à ce qu'avait proposé le procureur général Jean-Claude Marin dans ses avis relatifs aux arrêts commentés, la Cour de cassation n'a pas choisi de faire dépendre la transcription de la preuve de la paternité biologique du père indiqué sur l'acte de naissance. Toutefois, on ne peut pas exclure que, dans une telle hypothèse, une action en contestation de paternité puisse être intentée par le ministère public, une fois la filiation transcrite sur les registres d'état civil français. On ne peut pas non plus exclure que la preuve de l'absence de liens génétiques, apportée avant la transcription de l'acte de naissance sur les registres d'État civil français, constitue un obstacle à cette transcription. La Cour de cassation pourrait en effet interpréter en ce sens la mention de l'article 47 du Code civil selon laquelle l'acte est transcrit, « *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 (...) les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ».

Une telle analyse ne serait pas contraire à la jurisprudence européenne puisque la Cour de Strasbourg, dans l'arrêt *Menesson*, a seulement exigé, au nom du droit à l'identité, la reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique. *A contrario*, si le père indiqué dans l'acte de naissance n'est pas le géniteur de l'enfant, la transcription de la filiation sur les registres d'État civil ne constitue pas une nécessité au regard du droit européen comme la Cour européenne a d'ailleurs eu l'occasion de le rappeler dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli contre Italie* du 27 janvier 2015 (n° 25358/12 ; *JurisData n° 2015-000832* ; *JCP G 2015, act. 194, obs. F. Sudre*). Dans cette affaire, la Cour européenne a admis le refus des autorités italiennes de reconnaître la filiation paternelle de l'enfant à l'égard du père d'intention eu égard à l'absence de lien biologique et ce, même si cette absence de lien génétique résultait d'une erreur de la clinique russe qui n'avait pas utilisé le liquide séminal du requérant.

La question de la filiation paternelle d'un enfant né de GPA à l'étranger devrait en réalité être résolue dans la plupart des hypothèses car, dans les faits, le père indiqué dans l'acte de naissance est le plus souvent le géniteur de l'enfant. En droit, cette solution est logique en ce qu'elle correspond aux règles régissant la filiation paternelle selon lesquelles le père est celui qui a engendré l'enfant. La solution énoncée par les arrêts de 2015, sous l'influence de la Cour européenne, est ainsi conforme au droit français de la filiation qui définit le père par son lien génétique avec l'enfant. Il n'en va pas de même pour la mère dont la situation dans le processus de la GPA est beaucoup plus complexe...

## B. - La filiation à l'égard de la mère d'intention

La question de la filiation de la mère d'intention dans le cadre d'un processus de GPA constitue évidemment un problème majeur puisque même si on fait abstraction de la prohibition de la GPA, elle ne peut se voir appliquer les règles de droit français la concernant. La mère est, en effet, en droit français, celle qui accouche (*C. civ.*, art. 325, al. 2), ce que la mère d'intention, par hypothèse, ne fait pas. L'utilisation des ovocytes de la mère d'intention ne modifie pas les données du problème.

Dans les affaires de 2013 et 2014 comme dans celles de 2015, et contrairement aux hypothèses ayant donné lieu aux arrêts de 2011 (*Cass. 1re civ.*, 6 avr. 2011, n° 09-66.486 : *JurisData* n° 2011-005611. - n° 09-17.130 : *JurisData* n° 2011-005607. - n° 10-19.053 : *JurisData* n° 2011-005609 ; *JCP G* 2011, act. 441, *Aperçu rapide F. Vialla et M. Reynier ; Dr. famille* 2011, étude 14, obs. C. Neirinck) qui concernaient des hypothèses de convention de GPA entre une mère porteuse et un couple, il n'était porté aucune atteinte aux principes fondamentaux du droit des personnes et de la famille tels que l'indisponibilité du corps humain ou de l'état des personnes, les protagonistes des deux affaires ayant fait comme si l'enfant était né d'une relation entre la mère porteuse et le père de l'enfant.

**La réponse que ferait la Cour de cassation si l'acte de naissance avait indiqué une mère d'intention comme mère juridique de l'enfant ne peut être déduite des arrêts de 2015.** On peut même considérer que la prudence de la Cour de cassation et la référence marquée à la réalité des faits doivent être interprétées comme la volonté de ne pas aller plus loin dans la reconnaissance des effets de la GPA conclue à l'étranger. Cette voie étroite est également celle empruntée par la Cour EDH, qui dans l'arrêt *Menesson* comme dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli*, a refusé de qualifier de violation du droit au respect de la vie familiale le défaut de reconnaissance de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention. L'absence de reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention, telle qu'établie par le droit étranger, s'inscrit dans la logique de la jurisprudence de la Cour européenne qui n'accepte d'imposer aux États la reconnaissance d'un lien de filiation que lorsqu'il est fondé sur un lien de sang (*F. Sudre (ss dir.)*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* : PUF, 2015, p. 583 et s.). Ce refus de reconnaître la filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention constitue finalement le revers de la consécration du principe *Mater semper est*, fondateur de l'arrêt *Marckx contre Belgique* (CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74 : *GACEDH* 2014, p. 570). Il n'en reste pas moins hautement problématique pour les enfants concernés, dont la filiation maternelle ne devrait pas être reconnue en France, alors que leur filiation paternelle pourra bénéficier d'une transcription sur les registres d'État civil.

Il apparaît finalement que la Cour de cassation, à la suite de la Cour EDH, n'accepte de reconnaître les effets, en matière de filiation, d'une GPA conclue à l'étranger que dans la mesure où ces derniers - et non la GPA elle-même - ne heurtent pas de principes essentiels du droit de l'État dans lequel leur reconnaissance est sollicitée. Il ne s'agit pas du tout de reconnaître la GPA en elle-même, ce qui serait contraire aux textes qui la prohibent dans notre espace juridique, mais d'en admettre les effets dont la négation serait disproportionnée au regard des règles relatives à la filiation et au droit à l'identité de l'enfant. Cette approche minimaliste est sans doute la moins mauvaise, dès lors qu'elle est celle du juge dont les pouvoirs en matière d'élaboration du contenu des règles de droit sont, par définition, limités. Il revient alors au législateur de prendre le relais pour apporter une solution globale aux enfants nés d'une GPA à l'étranger, sans pour autant remettre en cause la prohibition de la GPA sur le territoire français.

**État civil. - Registre. - Enfants nés à l'étranger d'une GPA. - Nationalité française accordée aux enfants nés de GPA à l'étranger**

**Textes** : *C. civ.*, art. 47 ; *Conv. EDH*, art. 8

**Encyclopédies** : *Civil Code*, Art. 47 et 48, fasc. 10, par Louis-Denis Hubert et actualisé par Géraldine Auvolat et Philippe Brunel

