



OSSERVATORIO SUL CONTENZIOSO EUROPEO DEI DIRITTI UMANI N. 2/2019

1. AVIS CONSULTATIF (N° 1) DU 10 AVRIL 2019 CONCERNANT LA FRANCE (AFFAIRE *MENNESSON*).

Cadrage général

1. L'avis consultatif rendu le 10 avril 2019 par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour) est le premier des avis envisagés par le protocole n° 16 à la CEDH, entré en vigueur le 1 août 2018 après le dépôt du dixième instrument de ratification par la France (A ce jour – 5 mai 2019 – douze États ont ratifié le protocole n. 16).

A la vérité, le système des « avis consultatifs » était déjà prévu depuis fort longtemps par la CEDH.

Toutefois, la demande concernant pareils avis, adressée à la Cour par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et visant des questions juridiques relatives à l'interprétation de certaines dispositions de la CEDH, ne pouvait porter ni sur des questions ayant trait à l'interprétation des dispositions substantielles de la CEDH, ni sur des questions pouvant se rattacher à un recours introduit devant la Cour conformément aux dispositions de la CEDH. Ce type d'avis ne vise, en fait, que les différents aspects procéduraux ayant trait au système de contrôle de la CEDH. Pareille procédure, d'ailleurs, n'a été engagée que très rarement par le Comité des Ministres (Art. 47 de la CEDH).

L'« avis consultatif », visé par le protocole n. 16, poursuit un tout autre objectif, à savoir permettre à de hautes juridictions nationales d'États parties à la CEDH d'interroger la Cour quant à l'interprétation ou l'application des droits et libertés définis par les textes conventionnels (Protocole n° 16, Article 1: «Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. 2 La juridiction qui procède à la demande ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle. 3. La juridiction qui procède à la demande motive sa demande d'avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante»).

Les hautes juridictions nationales qui peuvent saisir la Cour d'une demande d'avis consultatif sont déterminées par chaque État contractant.

Il faut relever, aussi, que, comme le précise le protocole, l'avis en question n'a pas, en principe, de valeur contraignante.

Faits

2. La situation à l'origine de l'affaire *Menesson* avait trait à la naissance en Californie de deux enfants issus d'une « gestation pour autrui » (GPA). Les « parents d'intention » se plaignaient de ne pouvoir obtenir en France la reconnaissance de la filiation légalement établie aux États-Unis.

Les actes de naissance américains des enfants *Menesson* firent l'objet, dans un premier temps, de transcriptions sur les registres de l'état civil français. Toutefois, la cour d'appel de Paris annula par un arrêt du 18 mars 2010 ladite transcription.

Par la suite, dans son arrêt du 26 juin 2014, la Cour de Strasbourg avait estimé qu'il n'y avait pas eu violation du droit des requérants au respect de leur vie familiale, mais qu'il y avait eu violation du droit au respect de la vie privée des enfants.

Le 16 février 2018, en vertu d'une nouvelle législation, la Cour française chargée du réexamen de décisions civiles fit droit à la demande de réexamen du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 mars 2010.

C'est dans ce cadre que la Cour de cassation a saisi la Cour de Strasbourg d'une demande d'avis consultatif.

Dans cette demande la Cour de cassation a indiqué que sa jurisprudence avait évolué à la suite de l'arrêt *Menesson*. La transcription de l'acte de naissance d'un enfant, né d'une GPA pratiquée à l'étranger, est désormais possible pour autant que cet acte désigne le père d'intention comme étant le père de l'enfant lorsqu'il en est le père biologique. La transcription demeure impossible s'agissant de la maternité d'intention.

La Cour de cassation a donc posé à la Cour les questions suivantes:

«1) En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, en ce qu'il désigne comme étant sa « mère légale » la « mère d'intention », alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le « père d'intention », père biologique de l'enfant, un Etat-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la « mère d'intention » ?

2) Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ? »

Contenu de l'avis

3. L'argumentaire de l'avis débute par des considérations préliminaires. S'agissant de la première application d'un avis consultatif sur la base du protocole n° 16, la Cour précise d'abord, eu égard aux objectifs poursuivis par cette nouvelle procédure, ce qui suit.

« La procédure d'avis consultatif a pour but de renforcer l'interaction entre elle et les autorités nationales et de consolider ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité, en donnant la possibilité aux juridictions nationales désignées de lui demander un avis sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles » (article 1 § 1 du Protocole n° 16) qui se posent « dans le cadre d'une affaire

pendante devant elle[s] » (article 1 § 2 du Protocole n^o 16). L'objectif de la procédure n'est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance (voir le point 11 du rapport explicatif). La Cour n'est compétente ni pour se livrer à une analyse des faits, ni pour apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention, ni pour se prononcer sur l'issue de la procédure. Son rôle se limite à rendre un avis en rapport avec les questions qui lui ont été soumises. C'est à la juridiction dont émane la demande qu'il revient de résoudre les questions que soulève l'affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire » (par. 25).

D'autre part, selon la Cour, le but visé par un avis consultatif consiste également à « fournir aux juridictions nationales des orientations sur des questions de principe relatives à la Convention applicables dans des cas similaires » (par. 26).

En examinant les circonstances qui ont amené la Cour de cassation française à formuler la demande, la Cour relève que cette demande s'inscrit dans le contexte d'une procédure interne ayant pour objet le réexamen du pourvoi en cassation des requérants dans l'affaire *Mennesson*.

Ainsi, selon la Cour

« Le litige interne porte sur la reconnaissance dans l'ordre juridique français, eu égard au droit au respect de la vie privée des enfants, d'un lien de filiation entre une mère d'intention et des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui et issus des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, dans un cas où l'acte de naissance étranger peut faire l'objet d'une transcription en ce qu'il désigne le père d'intention dès lors qu'il est le père biologique des enfants » (par. 27).

Il ne s'agit donc pas d'un cas où l'enfant, né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, est issu des gamètes de la mère d'intention.

4. Par conséquent deux points seront examinés successivement.

Le premier de ces points s'énonce comme suit:

Au sens de l'article 8 de la CEDH, le droit au respect de la vie privée d'un enfant né à l'étranger par une gestation pour autrui, entraîne-t-elle outre la reconnaissance en droit interne du lien de filiation entre celui-ci et le père d'intention lorsqu'il est le père biologique, aussi la possibilité d'une reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale », dans la situation où l'enfant a été conçu avec les gamètes d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne?

La Cour rappelle à cet égard, qu'il résulte de la jurisprudence *Mennesson* que l'article 8 de la CEDH exige que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et le père d'intention lorsqu'il est le père biologique.

Afin de se prononcer sur la question de savoir si l'article 8 de la CEDH requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, la Cour met en exergue deux facteurs qui, selon elle, ont un poids particulier, à savoir l'intérêt supérieur de l'enfant et l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États parties. De ce fait, selon

elle, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer.

Ainsi, d'une part, 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, selon la Cour,

« A 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 se trouve significativement affecté » (par. 39).

La Cour considère que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention

« N'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise » (par. 42).

D'autre part, la Cour rappelle que

« L'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un élément pertinent à cet égard. Ainsi, 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 » (par. 43).

La Cour constate à cet égard qu'il n'y a pas consensus en Europe sur cette question.

Compte tenu des exigences de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour est d'avis que, dans une situation telle que celle visée par la Cour de cassation dans ses questions

« Le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la 'mère légale' » (par. 47).

5. Le second des points en question concerne la question de savoir si le droit au respect de la vie privée de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, dans la situation où l'enfant a été conçu avec les gamètes d'une tierce donneuse, requiert que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger, ou s'il admet qu'elle puisse se faire par d'autres moyens, tels que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention.

La Cour souligne que s'il est dans l'intérêt de l'enfant, qui est dans cette situation, que la durée de l'incertitude dans laquelle il se trouve quant à sa filiation à l'égard de la mère d'intention soit aussi brève que possible, « On ne saurait toutefois en déduire que les États parties soient tenus d'opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger » (par. 50).

Or, compte tenu de l'absence de consensus européen sur ces questions la Cour estime que le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombe dans la marge d'appréciation des États.

Ainsi, selon la Cour, l'article 8 de la CEDH

« N'impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. Ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant – qui s'apprécie avant tout in concreto plutôt qu'in abstracto – c'est que ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé. Il appartient en principe non pas à la Cour mais en premier lieu aux autorités nationales d'évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, si et quand ce lien s'est concrétisé » (par. 52).

De ce fait, on ne saurait déduire de l'intérêt supérieur de l'enfant que

« La reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention que requiert le droit de l'enfant au respect de la vie privée, au sens l'article 8 de la Convention, impose aux États de procéder à la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale. Selon les circonstances de chaque cause, d'autres modalités peuvent également servir convenablement cet intérêt supérieur, dont l'adoption, qui, s'agissant de la reconnaissance de ce lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger » (par. 53).

Selon la Cour, une procédure d'adoption peut constituer un mécanisme effectif permettant la reconnaissance de ce lien.

6. En définitive

« Vu la marge d'appréciation dont disposent les États s'agissant du choix des moyens, d'autres voies que la transcription, notamment l'adoption par la mère d'intention, peuvent être acceptables dans la mesure où les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant » (par. 55).

En conséquence, la Cour rend l'avis suivant:

« Dans la situation où, comme dans l'hypothèse formulée dans les questions de la Cour de cassation, un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne :

1. le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale » ;

2. le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant. »

Bref commentaire

7. Le contexte factuel et juridique de l'affaire *Menesson*, qui est à l'origine de premier avis consultatif dans le cadre du protocole n° 16, est passablement singulier.

En effet, l'arrêt de la Cour (Chambre) rendu le 26 juin 2014, afin de conclure à une violation de l'article 8 de la CEDH dans le chef des enfants, s'est placé essentiellement sur la notion de l' « intérêt supérieur » de ces enfants, intérêt celui-ci de nature à primer tout

autre intérêt, fût-il celui d'une mère d'intention au sujet de laquelle aucun lien biologique avec les premiers n'a été établi.

L'on doit remarquer aussi que par l'arrêt de Chambre précité la Cour s'est abstenue de formuler des propositions, sur pied des articles 41 et 46 de la CEDH, dans le cadre de l'exécution de l'arrêt, alors que la solution envisagée au fond par l'arrêt impliquait nécessairement une intervention législative et/ou juridictionnelle par les autorités françaises dans un domaine aussi délicat et controversé.

8. L'arrêt *Menesson* fait partie d'une série d'autres arrêts soulevant des questions similaires, que le Comité des Ministres a examinées conjointement dans le cadre de la surveillance de leur exécution (Il s'agit des arrêts suivants: Requête no 65192/11, *Affaire Mennesson*, Arrêt du 26/06/2014, Définitif le 26/09/2014; 65941/11, *Labassee*, 26/06/2014, 26/09/2014; 9063/14, *Foulon et Bouvet*, 21/07/2016, 21/10/2016; 44024/13, *Laborie*, 19/01/2017, 19/01/2017).

Ce qui est intéressant de relever est que, dans toutes ces affaires, le gouvernement français a réagi très vite aux constats de violation de la CEDH. En effet, tant le législateur national que la Cour de cassation ont adopté les mesures individuelles et générales afin de remédier aux violations constatées par la Cour. Par une résolution du 21 septembre 2017 (Résolution CM/ResDH (2017) 286) le Comité des Ministres a, partant, mis un terme à l'examen de toutes ces affaires. Dans la communication adressée par le gouvernement français le 1^{er} août 2017, il est fait abondamment mention de toutes lesdites mesures tant en ce qui concerne les mesures individuelles (Il a été prévu en droit français une procédure de réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes à la suite d'une décisions de la Cour constatant une violation de la CEDH) que générales (Dans la communication il est précisé ce qui suit: «Statuant sous le visa de l'article 8 de la Convention, de l'article 47 du code civil et de l'article 7 du décret n° 62-921 du 3 août 1962, la Cour de cassation a estimé que l'existence d'un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, ne fait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance, dès lors qu'il n'a pas été constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité (condition prévue par l'article 47 du code civil)».

9. L'avis consultatif se greffe sur une situation légale et jurisprudentielle qui s'inscrit dans le cadre des principes dégagés par la Cour dans ses quatre arrêts au fond rendus en la matière.

L'on est donc tenté de se poser la question de savoir pour quelles raisons la Cour de cassation a souhaité que la Cour de Strasbourg intervienne dans un débat largement clarifié au niveau interne.

La réponse réside peut-être dans la formulation des demandes laquelle semble traduire le souci, louable mais craintif, de ne pas « se tromper » dans l'application des principes dégagés par la Cour dans ses arrêts au fond.

En fait, c'est d'une sorte d'assurance dont la Cour de cassation a souhaité se prévaloir dans une matière hautement symbolique et qui divise l'opinion publique, en France comme ailleurs en Europe et même au-delà, de façon assez tranchée.

La Cour a validé en fait les choix opérés judicieusement par le législateur français ainsi que par la suprême juridiction française. Il s'agit là d'un souci parfaitement compréhensible, mais qui a conduit la Cour de Strasbourg à une sorte de compromis, ne mettant pas un terme aux incertitudes qui planent sur les solutions à envisager dans une matière où les opinions sociétales varient en fonction des sensibilités et des circonstances.

S'agissant en l'occurrence d'un avis, dont la coloration « constitutionnelle » est plus qu'évidente, l'on aurait souhaité qu'un grand nombre, sinon la totalité des Etats-parties à la CEDH (seuls trois de ces Etats sont intervenus), puissent faire valoir leurs thèses au regard des choix à opérer ou que la Cour elle-même leur communique son souhait de connaître des points de vue de nature prévisionnelle.

L'on doit relever aussi que, comme la Cour l'a souligné, c'est à la juridiction dont émane la demande qu'il revient de résoudre les questions que soulève l'affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire.

Ce qui revient à affirmer que c'est à la Cour de Strasbourg qu'il revient de juger, dans le cadre éventuellement d'un recours concernant l'adéquation des principes affirmés dans l'avis consultatif, si le juge interne a correctement soupesé tous les intérêts en cause. En d'autres termes les personnes intéressées pourront toujours contester l'application in concreto, faite par le juge interne, des principes susvisés.

Quoi qu'il en soit, l'argumentaire de la Cour développé à cet égard plaide en faveur de la thèse selon laquelle un « avis consultatif » rendu en application du protocole n° 16 et nonobstant le rappel du principe de subsidiarité contenu dans son préambule, s'inscrit nécessairement dans une dimension d' « ordre public européen », ce malgré des précautions de nature sémantique qui peuvent caractériser la partie « en droit » des avis.

A l'évidence les principes qui y ont et auront été élaborés vont acquérir, « nolens volens », un caractère ouvertement contraignant.

MICHELE DE SALVIA