

3. Kindesrecht – Droit de la filiation

3.2 Abstammung – Filiation

Nr. 59 Cour Européenne des droits de l'homme, Section V Arrêt du 26 juin 2014 en la cause de Mennesson contre France – 65192/11

Art. 8 CEDH : Refus de reconnaissance d'un lien de filiation établi à l'étranger par une gestation pour autrui.

Lorsqu'un lien de filiation relevant d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger n'est pas reconnu dans l'Etat de domicile des parents d'intention, il y a violation du droit de l'enfant au respect de sa vie privée, mais pas du droit des parents d'intention au respect de leur vie familiale.

Art. 8 EMRK: Nichtanerkennung eines im Ausland durch Leihmutterschaft begründeten Kindesverhältnisses.

Wird ein im Ausland durch Leihmutterschaft begründetes Kindsverhältnis im Wohnsitzstaat der Wunscheltern nicht anerkannt, liegt darin zwar eine Verletzung des Rechts der Kinder auf Schutz des Privatlebens, jedoch keine Verletzung des Rechts auf Familienleben der Wunscheltern.

Art. 8 CEDU: Mancato riconoscimento di un rapporto di filiazione instaurato all'estero con l'ausilio di una madre sostitutiva.

Il fatto che un rapporto di filiazione instaurato all'estero con l'ausilio di una madre surrogata non venga riconosciuto nella Stato di residenza degli aspiranti genitori costituisce sì una lesione del diritto del figlio alla protezione della vita privata, ma non una lesione del diritto alla protezione della vita familiare degli aspiranti genitori.

Faits :

1.-5. [...]

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^{er} 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

FamPra.ch 2014 - S. 1073

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 l'acte de naissance fut établi 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. [...]

13.-42. [...]

Considérants 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 1997II) 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 (Mikuli c. Croatie, n° 53176/99, § 34, CEDH 2002I ; voir aussi l'arrêt Jäggi c. Suisse (n° 58757/00, § 37, CEDH 2006X), 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 MIKULI précité, § 35). Comme dans les affaires de ce type, il y a une « relation directe » (MIKULI 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 une 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^o 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) « Prévues par la loi »

51.-56. [...]

iii. La Cour

57. Selon la jurisprudence de la Cour, les mots « prévues 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^o 28341/95, § 55, CEDH 2000V, et Sabanchiyeva et autres c. Russie, n^o 38450/05, § 124, CEDH 2013 [extraits]).

FamPra.ch 2014 - S. 1076

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. 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). 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

FamPra.ch 2014 - S. 1077

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 d'avantage 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.

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 – 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 ».

FamPra.ch 2014 - S. 1078

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

63.-74. [...]

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).

FamPra.ch 2014 - S. 1079

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.

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.

FamPra.ch 2014 - S. 1080

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.

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 ». 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 ».

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 consé-

FamPra.ch 2014 - S. 1081

quence, 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, 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 ».

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

FamPra.ch 2014 - S. 1082

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. 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,

FamPra.ch 2014 - S. 1083

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^o 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, 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. 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.

103.-120. [...]

Bemerkungen:

Leihmutterchaft ist in den meisten Ländern Europas verboten und entsprechende Vereinbarungen zwischen Leihmüttern und Wunscheltern sind nichtig.* Paare reisen ins Ausland, um sich mit Hilfe einer Leihmutter den Kinderwunsch zu erfüllen. Es stellt sich in der Folge regelmässig die Frage, ob das im Ausland gültig zustande gekommene Kindesverhältnis im Land, aus welchem die Wunscheltern stammen, anerkannt wird. Erstmals musste der EGMR sich zu dieser Problemstellung äussern. Die französischen Autoritäten verweigerten in den beiden Fällen Men-

nesson gegen Frankreich und Labassee gegen Frankreich dem in den USA gültig begründeten Kindesverhältnis zwischen den von einer Leihmutter ausgetragenen Kindern und den Wunscheltern aus ordre public-Erwägungen jede rechtliche Anerkennung. Der EGMR sieht darin im Ergebnis eine Verletzung des Rechts auf Schutz des Privatlebens der Kinder, nicht hingegen eine Verletzung des Rechts auf Familienleben der

Wunscheltern. Zwar sei ein Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK klar gegeben, hätten sich doch die Wunscheltern um die Kinder gekümmert. Doch während das Gericht den Eingriff in das Schutzgut der Kinder als unverhältnismässig beurteilt, wird derjenige in das Recht der Eltern als im Ermessen des Staates liegend betrachtet. Mit Bezug auf das Familienleben der Wunscheltern belässt es das Gericht bei der eher allgemeinen Bemerkung, die Staaten hätten einen grossen Ermessensspielraum, weil es in Europa bezüglich der Leihmutterschaft keinen Konsens gäbe, und die Wunscheltern nicht daran gehindert würden, mit den Kindern in Frankreich zu leben, weshalb ihrem Familienleben genügend Respekt entgegengebracht werde. Hingegen seien dann, wenn Kinder betroffen sind, ihre Interessen besonders zu gewichten. Die Kinder befänden sich in einer rechtlich unsicheren Situation mit Bezug auf Abstammung, Erbrecht sowie Staatsbürgerschaft. Das Recht, die eigene Abstammung zu klären und herzustellen, sei ein zentraler Aspekt des Privatlebens. In den hier relevanten Fällen sind die Wunschwäter zugleich die genetischen Väter der Kinder. Das Gericht argumentiert, biologische Abstammung sei eine zentrale Komponente der Identität und dem Kind die rechtliche Verbindung zum biologischen Vater zu verweigern, käme einer Verletzung von Art. 8 EMRK gleich, zumal dies nicht mehr im Ermessen des Staates liege.

Die Urteile sind zu begrüssen, auch wenn sie eine Stellungnahme zu gewichtigen Fragen vermissen lassen. Zu begrüssen ist insbesondere die klare Aussage, dass das Kindeswohl bei der Beurteilung dieser Fälle zu berücksichtigen ist. Dies bedeutet, dass eine Praxis der ausnahmslosen und a priori Verweigerung der Anerkennung mit dem Argument, das Verbot der Leihmutterschaft gehöre zum *ordre public*, im Widerspruch zum völkerrechtlichen Recht auf Privat- und Familienleben steht. Dies ist mitunter auch für die Schweiz bedeutsam. Die Schweizer Praxis ist im Einzelnen nicht bekannt, höchstrichterliche Entscheidungen sind dazu noch nicht ergangen, sie dürfte allerdings höchst uneinheitlich sein. ** Zumindest dann, wenn zwischen einem Wunschelternteil und dem Kind genetische Verbindungen bestehen, werden die Behörden im Lichte der Rechtsprechung des EGMR das Kindesverhältnis anerkennen müssen oder zumindest Wege vorsehen, dass ein solches Kindesverhältnis entstehen kann.

FamPra.ch 2014 - S. 1086

Der Fokus des Gerichtshofs bleibt allerdings sehr eng: Der Gerichtshof beruft sich auf das Recht des Kindes, seine Abstammung zu kennen und rechtliche Verbindungen zum biologischen Vater herstellen zu können. Was allerdings gilt mit Bezug auf die Mutter, wenn zu ihr keine genetische Verbindung besteht? Und was würde gelten, wenn weder zum Wunschwater, noch zur Wunschmutter eine genetische Verbindung bestünde? Weil der Gerichtshof sich argumentativ auf das Recht auf Privatleben stützt, vermisst man eine Aussage zum Wert des Familienlebens für das Kind, das sich in der Regel im Zeitpunkt des Anerkennungsverfahrens bereits etabliert hat.

Im Zusammenhang mit dem Eingriff in das Familienleben der Wunscheltern hält der Gerichtshof fest, es bestünde ein grosser Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten. Zudem

seien die Schwierigkeiten, welchen das Paar mit ihren Kindern begegnet, nicht unüberwindbar und sie könnten als Familie in Frankreich zusammenleben. Die Argumentation ist schwer nachvollziehbar. Erstens bleibt ungeklärt, weshalb das Gericht in diesem Fall nicht geprüft hat, ob Frankreich der positiven Verpflichtung, das Familienleben zu schützen, tatsächlich nachkommt (es hat lediglich die negative Verpflichtung, in das Familienleben nicht einzugreifen, geprüft). Zudem ist leicht vorstellbar, welchen schwierigen Situationen die Familie begegnen wird, wenn keine rechtlichen Verbindungen zwischen Eltern und Kind bestehen und entstehen können (in Frankreich bleibt den Eltern in diesen Fällen auch die Anerkennung nach französischem Recht (*possession d'état*) und die Adoption verwehrt). Was diese Fälle charakterisiert und von anderen Fällen unterscheidet, bei welchen faktische Eltern um die Etablierung einer rechtlichen Verbindung ersuchen (zum Beispiel *Chavdarov gegen Bulgarien* (no. 3465/03, Urteil vom 21. Dezember 2010), ist, dass es keine anderen rechtlichen Zuordnungen des Kindes bei seiner Geburt gibt, und zwar weder mit Bezug auf die Mutterschaft noch mit Bezug auf die Vaterschaft. Die Kinder sind in diesem Sinne elternlos. Noch weniger verständlich ist die Tatsache, dass das Recht des Vaters auf Privatleben nicht geprüft wurde. Zum einen ist nach konstanter Praxis des Gerichtshofs der Anspruch auf Klärung der rechtlichen Beziehung eines Mannes zu seinem biologischen Kind und mithin die Feststellung seiner Vaterschaft Teil seines Rechts auf Privatleben (*Kautzor gegen Deutschland*, no. 23338/09, Urteil vom 22. März 2012, § 63 und § 73; *Ahrens gegen Deutschland*, no. 45071/09, Urteil vom 22. März 2012, § 60 und § 71 ff.). Zum andern hatte der EGMR bereits 1994 im *leading case Kroon und andere gegen die Niederlande* (no. 18535/91, Urteil vom 27. Oktober 1994, Series A, Vol. 297-C Series A, Vol. 297-C) festgehalten, dass dann, wenn zwischen dem biologischen Vater und dem Kind ein durch Art. 8 EMRK geschütztes Familienleben besteht, und der vermutete rechtliche Vater unauffindbar ist, es eine Möglichkeit geben muss, die rechtliche Elternschaft zwischen dem biologischen Vater und dem Kind herzustellen. Die Behörden, so der Gerichtshof im besagten Entscheid, hätten eine Verpflichtung, die Herstellung vollständiger familienrechtlicher Beziehungen zwischen dem Vater und dem Kind zu

FamPra.ch 2014 - S. 1087

ermöglichen. Wie sich Fälle der Leihmutterschaft zu dieser Rechtsprechung verhalten, bleibt unklar.

Damit bleibt im Kontext der EMRK das Ermessen der einzelnen Staaten im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Fällen der Leihmutterschaft gross. Jedenfalls müssen die nationalen Rechtsordnungen die Fragen in erster Linie unter international-privatrechtlichen Gesichtspunkten behandeln, so auch die Schweiz.***

Leihmutterschaftsvereinbarungen sind in Teilen der Welt grundsätzlich gültig. Zwischen dem von einer Leihmutter ausgetragenen Kind und seinen Wunscheltern kommt ein Kindesverhältnis rechtmässig zustande. Inwiefern das im Ausland begründete Kindesverhältnis in der Schweiz Anerkennung finden kann und muss, ist insbesondere unter dem Aspekt des *ordre public* zu beurteilen. Dabei ist das Ergebnis der Anerkennung

des Kindesverhältnisses, und nicht das angewandte Recht, das mitunter die Leihmutterschaft erlaubt, an den Grundwerten unserer Rechtsordnung zu messen. Zwar ist die Leihmutterschaft in der Schweiz verboten, und das Verhalten von Schweizer Wunscheltern kommt mitunter einer Umgehung dieses Verbots gleich. Das Bedürfnis, dieses Verhalten zu sanktionieren, oder allgemeine rechtspolitische oder generalpräventive Erwägungen sind allerdings für die Prüfung, ob im konkreten Fall die Anerkennung des Kindesverhältnisses dem *ordre public* widerspricht, nicht relevant. Für die Beurteilung der Anerkennungsfähigkeit muss dem Kindeswohl das grösste Gewicht zukommen. Die Interessen des Kindes sprechen in der Regel für die Anerkennung des Kindesverhältnisses zu seinen Wunscheltern.

(Prof. Dr. Andrea Büchler, Zürich)

-
- * Siehe dazu Brunet/Carruthers/Davaki/KingMarzo/McCandless, A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states: study, PE 474.403. European Parliament, Brussels, 2013, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET%282013%29474403_EN.pdf (zuletzt besucht am 25. 07. 2014).
 - ** BERTSCHI, Leihmutterschaft: Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, Diss. Bern 2014, 79 ff.; vgl. auch den Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013, 23 ff., <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-11-29/ber-br-d.pdf> (zuletzt besucht am 25. 07. 2014).
 - *** Ausführlich BÜCHLER/BERTSCHI, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern? Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, *FamPra.ch* 2013, 33 ff.