



OBSERVATIONS ÉCRITES

*soumises à la Cour européenne des droits de l'homme
dans l'affaire*

A.D.-K. et autres contre Pologne

(Requête n° 30806/15)

Grégor Puppink, Directeur
Priscille Kulczyk, Chercheur associé
Delphine Loiseau, Élève avocat

25 juillet 2019

1. Dans l'affaire *A.D.-K. et autres c. Pologne* (n° 30806/15), Mme A.D.-K., polonaise (1^{re} requérante), et Mme S.D.-K., britannique (2^e requérante), vivent dans le cadre d'un partenariat enregistré au Royaume-Uni. En 2011, la seconde a donné naissance à une fille (3^e requérante). Sur le fondement de l'article 8 de la Convention et des articles 8 et 14 combinés, les requérantes se plaignent du refus opposé en 2012 par les autorités polonaises à leur demande visant à obtenir la transcription sur les registres de l'état civil polonais du certificat de naissance britannique mentionnant la 2^e requérante en tant que « mère » et la première requérante en tant que « parent » de l'enfant.

2. Alors que les adultes requérantes s'estiment victimes d'une discrimination fondée sur leur homosexualité, elles ne voient en revanche aucune injustice dans le fait que l'enfant soit privée de son père. En effet, il est demandé à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) d'obliger un État à transcrire, c'est-à-dire intégrer dans son ordre juridique, un acte de naissance établi légalement à l'étranger sur lequel figure une double filiation féminine.

3. Le *Centre européen pour le droit et la justice* (ECLJ) souligne que les requérantes, en contestant le fait que la nature – qui est fondée sur la différence des sexes, en particulier dans la procréation et la filiation – demeure une référence pour les normes humaines, instrumentalisent l'intérêt de l'enfant et le droit au respect de la vie privée et familiale à des fins idéologiques et militantes. Alors que la double filiation féminine contrevient objectivement aux droits et intérêts de l'enfant (I), le refus de transcrire un tel acte de naissance est légitime de la part de l'État au regard de l'objet même d'un acte de naissance et des obligations consenties par la Pologne au titre de la Convention (II).

Remarques préliminaires

4. Soulignons tout d'abord que la Cour rappelle régulièrement la compétence de l'État en matière de filiation, notamment lorsqu'il s'agit de transcrire un acte de naissance établi à l'étranger. En effet, à l'occasion de l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*, elle a admis « la compétence exclusive de l'État pour reconnaître un lien de filiation – et ce uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière – dans le but de préserver les enfants »¹. « Reconnaître » est ici synonyme de « transcrire » puisque cette affaire avait trait au refus de transcription d'un acte de naissance dressé à l'étranger en vertu d'une convention de gestation par autrui (GPA).

5. En outre, les États n'ont aucune obligation absolue de transcrire, à l'égard d'une personne qui n'a pas de lien génétique avec l'enfant, l'acte de naissance de ce dernier, même établi légalement à l'étranger. L'importance reconnue par la Cour au fondement biologique de la filiation et au principe de réalité est un autre enseignement des affaires de GPA².

6. À la lumière de la jurisprudence de la Cour en la matière, l'ECLJ est d'avis que dans la présente affaire, le refus de transcription ne viole pas les droits des adultes (1^{re} et 2^e requérantes) dans le champ de l'article 8 pris en chacun de ses volets, vie privée et vie familiale, invoqués par elles. En effet, d'une part, le droit au respect de la vie privée comprendrait d'après elles un droit à *être considérées comme parents* : il est pourtant évident et de jurisprudence constante

¹ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017, § 177.

² Dans *Paradiso et Campanelli*, le refus de transcrire l'acte de naissance (comme le retrait de l'enfant) n'a pas été condamné alors qu'aucun des membres du couple commanditaire n'était génétiquement lié à l'enfant ; Dans *Mennesson et Labassée c. France* (nos 65192/11 et 65941/11, 26 juin 2014), la France a été condamnée, mais seulement en ce qu'elle n'a pas transcrit l'acte de naissance étranger à l'égard du père biologique.

que « *la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent* »³, ni de droit de procréer⁴ ou à adopter⁵. Tout au plus existe-t-il un « *droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent* »⁶ et un « *droit au respect de (la) décision de devenir parents génétiques* »⁷. En tout état de cause, les 1^{re} et 2^e requérantes demeurent « parents » de l'enfant en vertu de l'acte étranger qui, rappelons-le, demeure.

D'autre part, il ressort de l'arrêt *Mennesson* que le refus de transcription « *affecte nécessairement [la] vie familiale* » de l'ensemble des requérants mais que « *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* »⁸. Elle a conclu que le droit des requérants au respect de la vie familiale n'a pas été méconnu alors même qu'ils habitaient de manière permanente en France où la transcription de l'acte de naissance étranger a été demandée et refusée. *A fortiori*, la solution devrait-elle être la même en l'espèce, d'autant plus que les requérantes et l'enfant habitent dans l'État qui a émis l'acte de naissance dont la transcription est demandée en Pologne. Au regard de l'article 8, comme dans l'affaire *Mennesson*, seul l'intérêt de l'enfant devrait donc être pris en compte. Il s'agit de son « acte de naissance », et non pas d'un « acte de parentalité » dont pourraient se prévaloir les adultes à l'encontre de la Pologne.

I. LA DOUBLE FILIATION FÉMININE, UNE VIOLATION DES DROITS DE L'ENFANT

7. Le fait qu'une chose soit légale dans un ordre juridique ne signifie pas pour autant qu'elle est foncièrement bonne⁹. Ainsi, un acte de naissance indiquant deux adultes de même sexe en tant que « parents » détourne l'acte de naissance de son objet premier, qui est de rendre compte du fait même de la naissance, afin de faire prévaloir les intérêts de ces derniers, plutôt que l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, c'est celui-ci qui doit guider toute décision concernant l'enfant¹⁰. La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) de 1989¹¹ en son article 3-1 stipule que « (...) *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Il ressort de ce traité international et de la jurisprudence de la Cour que, contrairement à ce qu'avancent les requérantes, l'intérêt supérieur de l'enfant réside dans l'établissement d'un acte de naissance vraisemblable, fondé sur la réalité biologique et reflétant l'origine réelle de tout enfant venant au monde (A). C'est l'intérêt de l'enfant ainsi compris qui se reflète dans le consensus européen et international en matière de filiation (B).

³ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 215.

⁴ *Šijakova et autres c. « l'Ex-République yougoslave de Macédoine »*, n° 67914/01, 6 mars 2003, § 3 ; *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, (déc) 15 novembre 2007, § 4.

⁵ *Fretté c. France*, n° 36515/97, 26 février 2002, § 32 ; *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, 13 décembre 2007 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 141.

⁶ *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, 10 avril 2007, § 71 ; *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, 1^{er} avril 2010, § 58.

⁷ *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, 4 décembre 2007, § 66.

⁸ *Mennesson c. France*, préc., § 82 et 92.

⁹ *Annen c. Allemagne*, n° 3690/10, 26 novembre 2015. Par exemple, bien que des États autorisent la GPA, il est reconnu qu'elle est contraire aux droits des enfants et des femmes : Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, « Étude sur la gestation pour autrui et la vente d'enfants », 15 janvier 2018, A/HRC/37/60, §§ 65 et 68.

¹⁰ *Mennesson c. France*, préc., § 99.

¹¹ Convention signée et ratifiée par le Royaume-Uni les 19 avril 1990 et 16 décembre 1991, ainsi que par la Pologne les 26 janvier 1990 et 7 juin 1991.

A. L'intérêt supérieur de l'enfant, justification du refus d'inscrire la double filiation féminine

L'intérêt de l'enfant à être reconnu dans sa double filiation maternelle et paternelle

8. L'article 7-1 de la CIDE, qui énonce que « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité, et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* », a pour finalité de protéger l'enfant en lui garantissant sa filiation. Sauf en raison d'obstacles invincibles, un enfant a le droit de connaître l'identité de son père et de sa mère, c'est-à-dire de l'homme et de la femme qui l'ont conçu et mis au monde. Toute autre interprétation du terme « parents » priverait effectivement l'enfant du contenu du droit énoncé ici. Selon la jurisprudence de la CEDH, l'enfant a droit « à une *“vie familiale normale” (...)* (comportant) *l'établissement de sa double filiation maternelle et paternelle* »¹².

9. La réalité ne permet pas d'avoir une double filiation de même sexe : la filiation découle forcément d'un homme et d'une femme. Bien que la filiation ne corresponde pas toujours à la vérité (adoption¹³/assistance médicale à la procréation), il lui faut être vraisemblable afin que l'enfant puisse s'inscrire dans une histoire. Une filiation à l'égard de deux personnes de même sexe est une grave anomalie source d'injustice et de souffrances pour l'enfant. C'est son respect de la réalité de l'engendrement humain et sa volonté de donner à ses enfants une filiation vraisemblable et conforme au droit international et à l'intérêt de l'enfant que la Pologne se voit reprocher par les requérantes.

10. En l'espèce, les faits présentés ne permettent pas de savoir comment la 3^e requérante a été conçue, si l'identité de son père est connue ou s'il s'agit d'un donneur anonyme de sperme. Mais quoi qu'il en soit, cette enfant est issue d'un homme et d'une femme. En conséquence, elle a le droit de connaître ses parents, dont son père, et toute sa famille, et d'établir sa filiation à son égard. Accepter la transcription de l'acte de naissance britannique reviendrait de fait à nier le droit de cette enfant à voir établie sa filiation paternelle et donc à connaître son père. Cela rendrait licite et légitime cette manipulation de la filiation qui rend cette enfant orpheline de père. Le fait que le droit anglais permette une telle filiation mensongère ne peut contraindre la Pologne à faire de même. Au contraire, il est du devoir de la Cour de rappeler à nouveau aux États « *l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun* »¹⁴ et de prévenir les atteintes aux droits des enfants. En effet, si le désir d'avoir un enfant est profondément humain, la nature humaine qui fait naître le désir de devenir parent a aussi placé en l'enfant le besoin d'être élevé et aimé par ses véritables parents.

L'importance de la filiation biologique pour l'accès aux origines

11. La CEDH a reconnu l'importance de la filiation biologique : elle a dégagé du droit à l'identité un droit à connaître la vérité sur ses ascendants qui implique que tout enfant devrait pouvoir accéder à ses origines, donc connaître l'identité de ses parents biologiques. Pour la Cour, « *le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendant, fait partie intégrante de la notion de vie privée* »¹⁵. Elle a ainsi jugé qu'« *[à] cet épanouissement (personnel) contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt*

¹² Nathalie Bettio, Le « Droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2010-2-008, 0301 n° 2, p. 473. Voir *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, 13 juin 1979 (filiation maternelle) ; *Johnston c. Irlande*, n° 9697/82, 18 décembre 1986 (filiation paternelle).

¹³ *X. c. Belgique et Pays-Bas*, n° 6482/74, 10 juillet 1975.

¹⁴ *Menesson c. France*, préc., § 100.

¹⁵ *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00, 13 juillet 2006, § 37. Voir aussi *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, 13 février 2003, § 29 ; *Gaskin c. Royaume-Uni*, n° 10454/83, 7 juillet 1989, § 39.

vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs »¹⁶. En outre, « l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance biologique ne cesse pas avec l'âge, bien au contraire »¹⁷.

12. Pour la Cour, il importe donc que l'état civil soit conforme à la réalité (biologique), afin que la filiation de l'enfant lui permette de connaître son identité. Au surplus, de façon pragmatique, priver un enfant de sa filiation biologique concernant l'un de ses parents, le prive par là-même d'informations utiles en matière médicale et génétique, notamment pour la prévention et l'obtention de soins médicaux appropriés¹⁸ ; cela le prive également de la moitié de son héritage matériel et immatériel.

13. En l'espèce, il est demandé à la CEDH d'exiger des États qu'ils transcrivent à l'état civil une filiation mensongère à l'égard d'une femme qui n'a *a priori* aucun lien biologique avec l'enfant, ce qui ne respecte pas l'exigence de transparence et de vérité concernant les origines de l'enfant. Il serait pourtant malvenu que la Cour ignore les faits biologiques en exigeant l'exécution de la volonté des 1^{re} et 2^e requérantes qui sert leurs intérêts – être reconnues toutes deux mères – mais dessert celui de l'enfant. Or la Cour a déjà rappelé que l'intérêt de l'enfant doit primer ceux des parents d'intention et leur désir d'être parents, notamment eu égard à l'importance des liens biologiques d'un enfant dans le développement de son identité personnelle¹⁹. En l'espèce, seul l'intérêt de l'enfant tel qu'exposé doit donc être pris en compte et non celui de la partenaire de la mère biologique de l'enfant avec laquelle elle n'a pas de lien biologique.

14. En conséquence, le refus de l'État polonais de reconnaître une filiation mensongère est justifié puisqu'il est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant tant quant au droit d'avoir une filiation paternelle et maternelle qu'à celui d'avoir accès à ses origines.

B. Le consensus européen en matière de filiation, reflet de l'intérêt supérieur de l'enfant

15. Il existe parmi les États membres du Conseil de l'Europe un véritable consensus sur le fait qu'un enfant ne puisse avoir qu'un seul lien de filiation féminin, ce qui reflète la réalité et l'intérêt de l'enfant en la matière, tel qu'il vient d'être exposé. D'une part, comme le montrent des études d'origines diverses, il y a consensus sur le fait de considérer la femme qui accouche comme la mère légale, le statut marital de cette dernière important peu, ce qui se base sur l'adage fondamental et séculaire de droit romain *mater semper certa est*²⁰. D'autre part, alors que sur les 47 États membres du Conseil de l'Europe, seuls 18 autorisent l'adoption par le conjoint dans un couple homosexuel (« Second-parent adoption »), il est significatif que seuls

¹⁶ *Odièvre c. France* [GC], préc. ; *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, 20 décembre 2007, § 45.

¹⁷ *Jaggi c. Suisse*, préc., § 40.

¹⁸ Kavot Zillén, Jameson Garland, Santa Slokenberga, *The Rights of Children in Biomedicine: Challenges posed by scientific advances and uncertainties*, submitted 11 January 2017 (Commissioned by the Committee on Bioethics for the Council of Europe), p. 24-25.

¹⁹ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 141 et 215 ; *Menesson c. France*, préc., § 100.

²⁰ Ce principe est en vigueur dans les États membres de la Commission internationale de l'état civil : voir Frédérique Granet, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États membres de la CIEC*, février 2014 ; Nigel Lowe, « A study into the rights and legal status of children being brought up in various forms of marital or nonmarital partnerships and cohabitation », 2008, CJ-FA (2008) 5, p. 28 ; Conférence de la Haye de droit international privé, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, mars 2014, Doc. prélim. No 3C (L'étude) ; Clotilde Brunetti-Pons (dir.) et al., *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, Rapport final de la Mission de recherche Droit et Justice, CEJESCO de l'Université de Reims, 2017.

10 États membres permettent une reconnaissance automatique du statut de « co-parents » à des personnes de même sexe²¹.

16. La Cour peut-elle raisonnablement reprocher à la Pologne de ne pas intégrer dans ses propres registres d'état civil un acte de naissance étranger qui ne respecte pas les principes élaborés dans l'enceinte même du Conseil de l'Europe et reflétant ce consensus ? En effet, un tel acte n'est pas conforme au « *Rapport sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation – 'Le Livre blanc'* » élaboré par le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) et adopté en mai 2004 dont le Principe 1^{er} concernant l'établissement de la filiation maternelle énonce « *La femme qui donne naissance à l'enfant est considérée comme sa mère* »²² : une seule femme, en l'occurrence celle qui a accouché, peut prétendre à être reconnue comme mère du fait de la naissance. En outre, l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de la partenaire de la mère est une disposition très controversée : en 2011, le CDCJ a décidé de retirer le Principe 17 § 3 du projet de « Recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et des responsabilités parentales » qui recommandait aux États membres l'établissement de la filiation maternelle pour la femme qui est la conjointe, la partenaire enregistrée ou concubine de la mère d'un enfant conçu par procréation artificielle. Ce projet de recommandation a finalement été rejeté par le Comité des Ministres car il ne respectait pas suffisamment la structure naturelle de la famille.

17. Bien que la situation ait été créée légalement à l'étranger, l'absence de consensus montre qu'il s'agit d'une question très discutée pour laquelle la prudence est de mise. En effet, s'« *il y a des domaines dans lesquels le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre adultes et les enfants, la notion de mariage* »²³, il en va de même en matière de transcription d'un acte d'état civil mensonger étranger. Il est probable qu'une décision qui condamnerait la Pologne dans cette affaire serait mal reçue par les États qui pourraient y voir un signe d'ingérence de la Cour dans leurs choix législatifs faits démocratiquement en matière de filiation dans le but de protéger le bien de l'enfant. Notons qu'au début du mois d'avril 2019, l'Italie a rétabli sur les formulaires officiels les mentions « père » et « mère » à la place des mentions « parent 1 » et « parent 2 » introduites en 2015. Quoi qu'il en soit, les situations familiales atypiques sont rarement dans l'intérêt de l'enfant et ne sauraient donc nécessairement s'imposer à la société. Comme l'a reconnu la Cour, « *il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant* »²⁴. Or, c'est précisément à cela que s'attache la Pologne qui a invoqué la préservation de l'ordre public pour refuser de transcrire l'acte britannique, alors que celui-ci permet de disposer à sa guise de l'histoire d'un enfant qui est donc victime d'une véritable injustice.

II. LA LÉGITIMITÉ DU REFUS DE TRANSCRIPTION D'UN ACTE DE NAISSANCE CONTRAIRE AUX DROITS DE L'ENFANT

18. Outre le motif de protection des droits et libertés d'autrui (l'enfant en l'occurrence), celui de la défense de l'ordre (art. 8 § 2) justifie l'invocation légitime de l'ordre public (A) pour

²¹ ILGA, 10th Rainbow Index, May 2019.

²² Comité européen de coopération juridique, « Rapport sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation – 'Le Livre blanc' », mai 2004, CJ-FA (2006) 4 f, p. 7.

²³ *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, 15 mars 2012, opinion concordante du juge Costa à laquelle se rallie le juge Spielmann.

²⁴ *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC], n° 21830/93, 22 avril 1997, § 47.

refuser la transcription de l'acte de naissance de la 3^e requérante. Un tel refus s'avère en outre équilibré, eu égard à la large marge d'appréciation dont disposent les États en la matière (B).

A. La légitimité de l'invocation de l'ordre public en matière de transcription d'un acte d'état civil étranger

L'état civil, instrument d'intérêt général

19. La présente affaire interroge la nature, le rôle et la fiabilité de l'état civil : sert-il à réaliser des désirs personnels d'adultes, tel un « acte de parentalité » ou poursuit-il l'intérêt de l'enfant et l'intérêt général ? C'est cette seconde option qui prévaut, comme l'« *admet pleinement* » la Cour dans l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* : « *la préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil et, plus largement, l'exigence de sécurité juridique, relèvent de l'intérêt général* »²⁵.

20. L'état civil a une double fonction de lieu de conservation du passé et de preuve et moyen d'identification des personnes au présent²⁶. Il consigne des « faits » et des « événements »²⁷. L'acte de naissance, qui atteste de l'événement de la naissance d'une personne, répond d'abord à la première des fonctions de l'état civil et son contenu découle donc directement de la réalité : le fait qu'il contienne des caractéristiques objectives sur l'enfant et sa filiation, qui serviront de référence pour toute sa vie²⁸, fait l'objet d'un certain consensus²⁹. Du fait de sa nature d'instrument juridique écrit et authentifié par des fonctionnaires de l'État, la véracité du contenu d'un acte de naissance revêt une grande importance. Il ne peut pas exister de droit à ce qu'un acte de naissance mentionne une filiation non conforme à la vérité naturelle sur l'origine de l'enfant. L'ONU propose d'ailleurs un formulaire « standard » indiquant la « mère » et le « père » de l'enfant³⁰. Le fait que l'enregistrement des faits d'état civil réponde à des objectifs d'intérêt général justifie l'invocation de l'ordre public en matière de transcription d'un tel acte.

Invoker l'ordre public, une possibilité prévue en droit international et en droit polonais

21. La possibilité d'invoquer une clause d'ordre public est largement acceptée dans la législation de différents pays afin de se protéger contre des pratiques étrangères contrevenant aux principes fondamentaux de leur propre ordre juridique. Cela est prévu en droit international privé de la famille, notamment en matière de reconnaissance³¹. Concernant le refus de transcription d'un acte de naissance, la CEDH a admis pour sa part le « *recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre*

²⁵ *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13, 6 avril 2017, § 132 ; UNICEF, *Un passeport pour la protection : Guide pour les programmes d'enregistrement des naissances*, New York, 2013, p. 21 ; Nations unies, Département des affaires économiques et sociales, Division de statistique, 1998, p. 9.

²⁶ Irène Théry, Anne-Marie Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 69.

²⁷ Voir définitions officielles de l'« état civil » : Nations unies, Département des affaires économiques et sociales, Division de la statistique, 2001, p. 50 ; Nations unies, Département des affaires économiques et sociales, Division de la statistique, 1998, p. 9.

²⁸ UNICEF, *Every Child's Birth Right: Inequities and Trends in Birth Registration*, 2013, p. 4.

²⁹ Voir UNICEF, *Un passeport pour la protection : Guide pour les programmes d'enregistrement des naissances*, New York, 2013, « Glossaire – « certificat de naissance » », p. 138.

³⁰ *Ibid*, p. 122-123.

³¹ Voir p. ex. le Règlement (CE) n^o 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles 2bis), article 22 : « *Une décision rendue en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage n'est pas reconnue: a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis* » et article 23 : « *Une décision rendue en matière de responsabilité parentale n'est pas reconnue: a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant.* »

en cause en tant que telle »³² mais contrôle que l'État n'en a pas usé abusivement. En ce qui concerne le droit polonais, l'article 107 § 3 de la loi du 28 novembre 2014 relative aux actes d'état civil prévoit en substance que la transcription d'un document d'état civil étranger doit être refusée si elle contrevient aux principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais. Si les requérantes ont déposé leur demande en 2012, il importe toutefois de souligner que l'article 7 de la loi du 4 février 2011 relative au droit international privé contient une clause relative à l'ordre public prévoyant que le droit étranger ne s'applique pas si les effets sont contraires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais. Ce serait précisément le cas en l'espèce puisque, alors que la transcription a pour effet de permettre l'établissement d'un acte de naissance polonais, le contenu de ce dernier résulterait de l'application du droit anglais de la filiation qui s'avère fondamentalement contraire au droit polonais.

Les principes directeurs du droit de la famille, composante de l'ordre public

22. Le recours à l'ordre public trouve dans le droit de la famille un domaine de prédilection. Le droit international donne en effet une importance particulière à la famille en la reconnaissant comme « *la cellule fondamentale de la société* »³³, « *l'élément naturel et fondamental de la société* »³⁴ « *pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants* »³⁵, elle est « *(instituée) essentiellement par le mariage entre un homme et une femme* »³⁶. De même, la Constitution polonaise énonce avec force que « *Le mariage en tant qu'union d'un homme et d'une femme, la famille, la maternité et la parentalité sont sous la protection et le soin de la République de Pologne* » (Art. 18). Le Tribunal constitutionnel polonais a jugé qu'il s'agit du fondement des principes de la politique de l'État en matière de mariage et de famille³⁷ et que le mariage et la famille sont des valeurs ayant une place particulièrement élevée dans la hiérarchie des valeurs constitutionnelles³⁸. Il a également jugé que l'irrecevabilité de l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle ou un couple de même sexe est l'un des principes du système juridique polonais³⁹.

La remarquable cohérence de la législation polonaise relative à la famille

23. Vu ce qui précède, l'invocation de l'ordre public par les autorités polonaises paraît légitime, d'autant plus que la législation polonaise relative à la famille est cohérente et fondée sur la réalité naturelle à laquelle est contraire une double filiation féminine. Pour la Cour, la cohérence (ou l'incohérence potentielle) des pratiques juridiques et administratives internes d'un État est « un facteur important » à prendre en compte lors de l'appréciation d'une affaire en vertu de l'article 8⁴⁰.

24. Les requérantes souhaitent faire admettre en Pologne cette situation en tout point étrangère à son ordre juridique. En effet, il n'existe pas de cadre légal régissant les relations des personnes de même sexe : le mariage est l'union d'un homme et d'une femme d'après la Constitution

³² *Mennesson c. France*, préc., § 84.

³³ Charte sociale européenne de 1961, Art. 16.

³⁴ Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, Art. 16 § 3 ; Pacte International sur les droits civils et politiques de 1966, Art. 23 § 1 et 2 ; Pacte International sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966, Art. 10 § 1 ; Préambule de la CIDE de 1989 ; Charte sociale européenne (révisée) de 1996, Art. 16 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 1989, Art. 33 ; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et membres de leur famille de 1990, Art. 44.

³⁵ Préambule de la Convention internationale des Droits de l'Enfant de 1989.

³⁶ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., Opinion concordante aux juges De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, § 3.

³⁷ Tribunal constitutionnel polonais, 10 juillet 2000, SK 21/99, III.8.

³⁸ Tribunal constitutionnel polonais, 18 mai 2004, K 16/04, III.4.

³⁹ Tribunal constitutionnel polonais, 18 avril 2018, S 2/18.

⁴⁰ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, 11 juillet 2002, § 78.

polonaise (art. 18) et la notion de partenariat enregistré est inconnue. Partant, les couples de même sexe ne peuvent adopter ni conjointement ni l'enfant du conjoint, et l'aide médicale à la procréation n'est ouverte ni aux femmes seules ni aux couples de femmes⁴¹. Alors que tous les actes de naissance sont fondés sur le modèle naturel « père » et « mère », la mère est la femme qui accouche (Code de la famille et de la tutelle, art. 61) et le père (un homme) est désigné par application de la présomption de paternité si la mère est mariée ou par la reconnaissance. Les autorités polonaises ne peuvent procéder à la transcription d'un acte contraire aux principes fondamentaux de leur ordre public et à la vérité biologique de laquelle le droit polonais tient compte de façon pragmatique. Dans l'affaire *S.H. c. Autriche*, la Cour a d'ailleurs jugé légitime la volonté du législateur de « *maintenir le principe fondamental de droit civil contenu dans l'adage mater semper certa est (« la mère est toujours certaine ») en faisant en sorte que deux femmes ne puissent se disputer la maternité biologique d'un même enfant* »⁴². Cela signifie que « *la nature peut (...) rester la norme de référence, un point de repère objectif et extérieur à l'homme* »⁴³. En outre, aux yeux des autorités polonaises, cet enfant est né hors mariage. Or, la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage dispose, en son article 2 que « *la filiation maternelle de tout enfant né hors mariage est établie du seul fait de la naissance de l'enfant.* »

25. Précisons toutefois que le 10 octobre 2018, la Cour administrative suprême polonaise a jugé qu'un acte de naissance étranger mentionnant deux femmes en tant que parents doit être transcrit⁴⁴. Mais cela ne doit toutefois pas être surestimé : est-ce véritablement l'amorce d'une évolution ? D'une part, il s'agit d'une jurisprudence récente⁴⁵. D'autre part, il ressort d'une lettre du Ministre de l'intérieur et de l'administration, datée du 3 juin 2019⁴⁶, que le refus de transcrire à l'état civil un acte de naissance tel que celui de la 3^e requérante résulte de la volonté de maintenir la conformité de l'état civil aux principes directeurs du droit de la famille fondant la cohérence du droit polonais. En outre, dans l'arrêt du 10 octobre 2018, les faits étaient différents, comme l'a souligné la Cour polonaise, puisqu'une femme polonaise avait mis au monde l'enfant, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il n'est donc pas certain que les juridictions polonaises adopteraient à présent une solution contraire à celle donnée dans l'affaire portée devant la CEDH dans laquelle les juridictions ont appliqué le principe « la mère est la femme qui accouche » : la femme polonaise n'ayant pas accouché, elle n'est donc pas mère selon le droit polonais.

La nature sexuée de la filiation, fondement de l'absence de discrimination

26. Alors que les 1^{re} et 2^e requérantes se plaignent d'une discrimination en raison de leur homosexualité, il importe de souligner que la filiation n'est pas liée à « l'orientation sexuelle » mais au caractère naturellement sexué de la procréation, ce qui exclut de fait une telle discrimination. Dans l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, la Cour a d'ailleurs estimé que la situation des requérantes, deux femmes liées par un partenariat enregistré qui se plaignaient du refus d'inscrire l'une comme parent sur l'acte de naissance de l'enfant auquel l'autre avait donné le jour pendant leur partenariat, n'était pas comparable à celle d'un couple

⁴¹ ILGA, Rainbow Index, May 2019.

⁴² *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, § 104.

⁴³ Claire de La Hougue et Grégor Puppink, « L'affaire S. H. et autres c. Autriche CEDH, [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011. Commentaire », ECLJ, 1^{er} janvier 2012.

⁴⁴ Cour administrative suprême polonaise, II OSK 2552/16, 10 octobre 2018.

⁴⁵ En 2014 encore, la Cour administrative suprême polonaise ne jugeait une transcription possible que si elle n'était pas contraire à l'ordre juridique polonais : II, OSK 1298/13, 17 décembre 2014.

⁴⁶ <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowiedz%20MSWiA%203%20czerwca%202019.pdf> : Le Ministre indique son refus de prendre toute initiative qui aurait pour effet de modifier les formulaires officiels avec des mentions de type « parent 1 » et « parent 2 » à la place de « père » et « mère ».

hétérosexuel marié en ce qui concerne les mentions à porter sur l'acte de naissance d'un enfant⁴⁷.

27. En outre, dans la mesure où la transcription permet d'obtenir un acte de naissance polonais, obliger la Pologne à transcrire un acte de naissance tel que celui dont il est question en l'espèce reviendrait à insérer un élément d'incohérence qui donnerait précisément lieu à la discrimination des enfants : cela conduirait à la situation dans laquelle un enfant qui naîtrait en Pologne d'une femme en couple avec une autre femme aurait un acte de naissance indiquant pour mère la femme ayant accouché et un père inconnu, alors qu'un enfant né à l'étranger dans les mêmes conditions pourrait avoir un acte de naissance polonais mentionnant deux femmes suite à la transcription de l'acte de naissance étranger. La législation polonaise est donc parfaitement cohérente.

B. La proportionnalité du recours à l'ordre public

28. Une « *marge d'appréciation (est) confiée à l'État dans la réglementation des relations de filiation* »⁴⁸ et son étendue varie selon divers facteurs régulièrement rappelés⁴⁹. Alors que la Cour a admis dans l'affaire *Mennesson* que l'État dispose d'une large marge d'appréciation pour ce qui est de reconnaître une situation créée à l'étranger⁵⁰, il devrait en être de même dans la présente affaire. En effet, si la filiation d'un individu peut être considérée comme un aspect particulièrement important de son existence ou de son identité, ce qui restreindrait la marge d'appréciation laissée à l'État, celle-ci devrait toutefois être plus large. Le fait que les revendications des requérantes aillent dans le sens contraire du consensus (cf. I.B), montre bien que celles-ci soulèvent des questions d'ordre moral ou éthique délicates⁵¹.

29. Si la Cour admet l'argument relatif à l'ordre public, elle vérifie toutefois si « *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* »⁵². En l'espèce, à supposer qu'il y ait ingérence dans les droits des requérantes, celle-ci est proportionnée car la Pologne a ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en cause. Au titre de la protection des droits et libertés d'autrui, elle a en effet tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (cf. I) : est visée non seulement la protection de l'intérêt de l'enfant dont il est question dans cette affaire et premier concerné en ce qui touche à son propre état civil, mais aussi l'intérêt de tous les enfants futurs, la Cour ayant admis la pertinence de mesures visant le « *but légitime de la protection de l'enfant*

⁴⁷ *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, n° 8017/11, déc., 7 mai 2013, §§ 30-31.

⁴⁸ *Chavdarov c. Bulgarie*, n° 3465/03, 21 décembre 2010, § 56.

⁴⁹ « *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. En revanche, 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 plus large. La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention* » : voir *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], préc., § 78 ; *S.H. et autres c. Autriche* [GC], préc., § 94 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 182.

⁵⁰ *Mennesson c. France*, préc., § 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.* »

⁵¹ Voir *Mennesson c. France*, préc., § 79.

⁵² *Mennesson c. France*, préc., § 84.

– *pas seulement de celui dont il est question en l'espèce mais des enfants en général* »⁵³, conformément au principe suivant lequel « *les progrès de la biologie et de la médecine doivent être utilisés pour le bénéfice des générations présentes et futures* »⁵⁴. En deuxième lieu, au titre de la défense de l'ordre, la Pologne a tenu compte de l'intérêt général résidant dans l'intégrité et la cohérence des registres et documents d'état civil (cf. II.A).

30. Si le fait en cause devait constituer une ingérence dans le droit à la vie privée et familiale des requérantes, sa portée serait minime. Un parallèle peut être fait avec l'affaire *Paradiso et Campanelli* où l'Italie n'a pas été condamnée pour n'avoir pas transcrit l'acte de naissance étranger mentionnant en tant que parents les commanditaires d'une GPA. *A fortiori* devrait-il en être de même dans la présente affaire. Alors que l'absence de lien biologique a joué dans l'appréciation de la Cour, notons qu'en l'espèce il n'y a pas non plus de lien biologique entre l'enfant et la femme polonaise. Dans l'affaire *Paradiso et Campanelli*, les requérants étaient italiens, vivaient en Italie et ont été empêchés de vivre avec l'enfant puisqu'il leur a été retiré et placé pour adoption. En l'espèce, les requérantes ne vivent pas en Pologne, mais au Royaume-Uni dont le droit a été appliqué pour dresser l'acte de naissance. L'absence de transcription en Pologne n'a donc pas d'impact sur la vie familiale des requérantes : elles ne sont pas empêchées de vivre ensemble et la requérante polonaise a autant de droits parentaux que la mère de l'enfant. Les requérantes invoquent une situation boiteuse en ce que la situation légale de l'enfant serait différente en Pologne où elle aurait une mère et un père inconnu et au Royaume-Uni où elle a deux parents légaux. Affirmer cela est inexact puisque l'acte de naissance étranger n'a précisément été transcrit ni intégralement, ni partiellement, et que l'enfant peut valablement s'en prévaloir en Pologne⁵⁵. En outre, un tel argument n'est pas recevable en ce qu'il conduirait à devoir accepter toutes les situations légales à l'étranger (par exemple la polygamie). Quant à l'impact en matière successorale, il n'est qu'éventuel. Les requérantes se plaignent encore de l'incertitude dans laquelle est l'enfant quant à la nationalité polonaise. Elle possède nécessairement la nationalité britannique de sa mère biologique, de l'État dans lequel elle est née et réside ; elle n'est pas apatride. Elle a donc forcément des papiers d'identité britannique qui lui permettent de voyager. La Convention ne garantit d'ailleurs aucun droit à une nationalité particulière⁵⁶ et la Cour apprécie rigoureusement l'impact d'un refus d'accorder la nationalité sur la vie privée et familiale⁵⁷. L'enfant n'est toutefois pas privée de tout moyen d'acquérir la nationalité polonaise : cela peut notamment se faire par une résidence ininterrompue de 3 ans sur le territoire polonais (Loi sur la nationalité polonaise, art. 30.1.1).

Conclusion

31. Pour l'ECLJ, le refus de l'État polonais de transcrire l'acte de naissance britannique dans le registre de l'état civil polonais ne viole pas les droits des requérantes au titre de la Convention. Si la Cour condamnait toutefois la Pologne, les conséquences sur la filiation seraient néfastes. En effet, cela reviendrait à affirmer que la filiation maternelle n'est plus fondée sur le fait tangible de l'accouchement, mais seulement sur la volonté d'une personne d'être mère. Or la filiation ne peut être basée sur une simple volonté, par définition changeante, et qui n'est donc

⁵³ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 197.

⁵⁴ Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4.IV.1997.

⁵⁵ Selon le code de procédure civile (art. 1138), l'acte étranger fait foi des faits constatés jusqu'à preuve du contraire. Voir aussi Cour Suprême polonaise, 23 juillet 2015, I CSK 725/14 ; Cour administrative de la Voïvodie – Poznań, 5 avril 2018, II SA/PO1169/17.

⁵⁶ *Genovese c. Malte*, n° 53124/09, 11 octobre 2011, § 30 ; *Ramadan c. Malte*, n° 76136/12, 21 juin 2016, §§ 85-86.

⁵⁷ *Ramadan c. Malte*, préc., § 89-92 ; *K2 c. Royaume-Uni*, n° 42387/13, 7 février 2017, § 62.

pas protectrice de l'enfant⁵⁸. L'acceptation par la Cour d'une filiation de pure convenance établie au gré de cette volonté individuelle reviendrait à donner à la filiation une définition parfaitement subjective, indépendante de la réalité, contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes et permettant de disposer à souhait de l'histoire d'un enfant. Il convient de rappeler que le droit de la filiation et l'état civil puisent leurs racines dans la réalité objective selon laquelle toute personne naît, en un lieu et à un moment précis, d'un homme et d'une femme. Plus globalement, les droits de l'homme n'ont pas vocation à assouvir les désirs individuels et à les faire prévaloir sur les intérêts des tiers et de la société, de même que sur la réalité sexuée de la nature humaine. Ni le droit, ni la société ne sont responsables du fait que deux femmes ne peuvent pas être toutes deux mères d'un même enfant. C'est la nature qui est hétérosexuelle ; et il ne revient pas au droit de créer une « fausse réalité » dans laquelle l'engendrement serait asexué.

32. En outre, un examen des travaux préparatoires de l'article 8 révèle que ces dispositions avaient un sens et un but originaux très différents de ceux recherchés par les requérantes en l'espèce. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et de ses atrocités, les auteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention européenne voulaient garantir « l'inviolabilité » des personnes et des familles, protéger le « caractère sacré du foyer », et garantir les « droits naturels qui découlent du mariage et de la parentalité ». L'ECLJ souligne que pour maintenir les principes de stabilité et de cohérence, il faut que le droit international soit interprété selon ces principes universellement acceptés, et non pas seulement suivant les dernières revendications sociétales d'Europe occidentale : « *Les droits de l'homme ne sont pas des valeurs qu'il faudrait adapter aux cultures et aux identités locales* »⁵⁹.

33. Enfin, l'ECLJ attire l'attention de la Cour sur le fait qu'elle risque grandement de voir se multiplier les requêtes de personnes se plaignant d'avoir été spoliées de leur filiation et d'une partie de leur identité, à l'instar des personnes conçues par procréation médicalement assistée avec don anonyme de sperme⁶⁰ qui se plaignent actuellement devant la Cour de la privation d'accès aux origines génétiques paternelles : voilà bien la preuve, s'il en fallait, qu'être amputé d'une partie de sa filiation génétique est problématique pour construire sa propre identité et constitue une injustice à l'origine de graves souffrances. Il appartient donc à la Cour de faire respecter l'intérêt supérieur de l'enfant consistant à avoir une filiation fondée sur la réalité biologique et à pouvoir connaître ses origines.

34. Plutôt que de voir en l'espèce une atteinte aux droits des requérantes, la considération première de l'intérêt de l'enfant conduit à voir, dans le refus de la Pologne, un plus haut degré de protection des droits et intérêts des enfants que ce qui est pratiqué au Royaume-Uni.

⁵⁸ Voir les dérives de la filiation dépendant exclusivement de la volonté avec les enfants adoptés abandonnés aux États-Unis, qui sont réadoptables moyennant un certain montant : <https://www.lemonde.fr/blog/jprosen/2014/07/05/le-marche-de-ladoption-doccasion-aux-usa-574/> https://www.liberation.fr/societe/2014/06/22/etats-unis-cede-enfant-adopte-10-ans-3-500-hors-taxe_1047727

⁵⁹ Jean-Yves Le Drian, Ministre des Affaires étrangères français, devant l'AG des Nations unies, 26 septembre 2018.

⁶⁰ *Gauvin-Fournis c. France*, n° 21424/16 et *Silliau c. France*, n° 45728/17, communiquées le 5 juin 2018.