



OBSERVATIONS ÉCRITES

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

R.F. ET AUTRES C. ALLEMAGNE (N° 46808/16)

Grégor Puppinck,
Directeur Général

Priscille Kulczyk,
Chercheur associé

13 avril 2017

1. Dans l'affaire *R.F. et autres contre Allemagne* (requête n° 46808/16), deux femmes allemandes ont conclu un partenariat enregistré comme le permet le droit allemand. L'une d'elles (la troisième requérante) a mis au monde un enfant (le premier requérant) au moyen d'une technique d'aide médicale à la procréation (AMP) ayant consisté à implanter dans son utérus un ovule de sa partenaire (la deuxième requérante) fécondé par un homme ayant fourni de son sperme anonymement. Sur le fondement de l'article 8 et des articles 8 et 14 combinés de la Convention, les requérants se plaignent devant la Cour du refus des juridictions allemandes d'enregistrer la deuxième requérante comme mère légale et second parent de l'enfant. Elle a eu pour ce faire à adopter l'enfant comme le permet la section 9.7 de la loi relative aux partenariats civils enregistrés du 16 février 2001 (*Lebenspartnerschaftsgesetz*). La section 1591 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) dispose en effet que la mère d'un enfant est la femme qui lui a donné naissance.

2. La Cour a déjà eu à traiter de la non-reconnaissance d'un des membres d'un couple comme parent légal de l'enfant de l'autre. Ainsi dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997¹, la Grande chambre avait conclu à l'absence de violation des droits résultant de la Convention dans le cas d'un transsexuel (femme-homme) demandant à être reconnu comme le père de l'enfant de sa compagne conçu par insémination artificielle avec don de sperme. Encore dans l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*², une chambre avait conclu le 7 mai 2013 à l'irrecevabilité de la requête pour des faits très comparables à la présente espèce (voir I ci-après). Cette dernière présente toutefois une nouveauté qui réside dans l'existence d'un lien génétique entre l'enfant et la requérante qui n'a pas accouché, la requérante ayant accouché ne présentant donc pas, quant à elle, de lien génétique avec l'enfant (sous réserve de l'apport génétique des mitochondries). Dans ce contexte, le *European Centre for Law and Justice* (ECLJ) souhaite faire part à la Cour des observations suivantes.

I. L'IRRECEVABILITE DE LA REQUETE

3. La question de la recevabilité de la requête se pose particulièrement en l'espèce dès lors que les requérants sont arrivés au résultat escompté, à savoir que la deuxième requérante a le statut de second parent de l'enfant mis au monde par sa partenaire, par le biais de l'adoption qui est la solution prévue par la loi allemande dans sa situation.

4. De manière similaire dans l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*³, les requérantes, deux femmes vivant dans le cadre d'un partenariat enregistré, se plaignaient du refus des autorités allemandes d'inscrire l'autre partenaire comme deuxième parent sur l'acte de naissance de l'enfant mis au monde par l'autre, alors même qu'elles avaient obtenu la reconnaissance de ce statut par le biais de l'adoption. Elles avançaient que la présomption de paternité prévue à la section 1592 du BGB et désignant l'homme marié à la mère comme le père de l'enfant devrait s'appliquer *mutatis mutandis* à la femme vivant dans le cadre d'un partenariat enregistré avec la mère de l'enfant au moment de sa naissance, dès lors que l'existence d'un lien génétique entre l'enfant et l'homme importe peu. La Cour s'était posé la question de savoir si les requérantes pouvaient encore se prétendre victimes d'une violation de leurs droits au regard de la Convention⁴. Ayant considéré que cela était encore possible vu la nature du grief et le fait que la requérante avait dû passer par l'adoption pour être reconnue comme second parent, la Cour avait toutefois conclu à l'absence de violation de l'article 8 et des articles 8 et 14 combinés et à l'irrecevabilité de la requête pour défaut manifeste de fondement.

5. Dans la mesure où les faits et questions de la présente espèce se posent de manière similaire, un même raisonnement devrait pouvoir y être tenu *mutatis mutandis* par la Cour, et cela même en

¹ *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC], n° 21830/93, 22 avril 1997.

² *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, n° 8017/11, Décision sur la recevabilité, 7 mai 2013.

³ *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, précité.

⁴ *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, précité, § 26.

présence d'un lien génétique entre la deuxième requérante et le premier requérant, ce qui différencie les deux affaires : en effet, l'existence ou non d'un lien génétique importe peu dans le mécanisme de la présomption de paternité, celle-ci s'appliquant au mari de la mère, que l'enfant soit ou non issu de lui. La requête ayant été communiquée, il convient toutefois de poursuivre l'examen sur le fond.

II. L'EXISTENCE D'UNE INGERENCE DANS LE CHAMP DE L'ARTICLE 8

6. La mesure contestée est la non-reconnaissance par les juridictions allemandes de la partenaire de la femme qui a accouché comme second parent et mère légale de l'enfant, en présence d'un lien génétique entre elle et l'enfant. Pour ce faire, elle a dû adopter celui-ci. Il y a donc lieu de se demander si la mesure constitue une ingérence dans les droits des requérants garantis par la Convention, particulièrement de l'article 8 invoqué en l'espèce et protégeant le droit à la vie privée et familiale.

7. Si la mesure contestée semble surtout affecter le lien entre les premier et deuxième requérants, il importe de remarquer que les faits de l'espèce ont trait à une forme de maternité de substitution⁵. Ainsi la Cour, qui ne s'est jusqu'à présent pas préoccupée dans les affaires touchant à la gestation par autrui (GPA) de la question de savoir si la mère porteuse a un quelconque droit à l'égard de l'enfant qu'elle a porté, pourra être amenée à se prononcer dans le chef de la troisième requérante et mère légale de l'enfant sur le statut de la mère porteuse, ce qui sera transposable à toutes les mères porteuses.

8. La Cour rappelle régulièrement que « *la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 est une notion large* » englobant notamment le droit à l'autonomie, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, le droit au « développement personnel », le droit à l'autodétermination, le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent, le droit de voir respecter la décision de devenir parents génétiques, de même que les matières d'accès aux techniques hétérologues de procréation artificielle à des fins de fécondation *in vitro*, d'avortement eugénique ou encore l'identification, l'orientation et la vie sexuelles⁶. Dans l'affaire *X. c. Suisse*, la Cour avait aussi estimé que les liens affectifs entre un adulte et un enfant relèvent de la vie et de l'identité sociale des individus, et peuvent ainsi entrer dans le champ de la vie privée, même en l'absence de lien biologique ou juridique⁷.

9. Il s'agit encore de se demander si la relation entre les requérantes et l'enfant pourrait relever de la vie familiale au sens de l'article 8 qui vise la préservation d'une unité familiale constituée. C'est ce qu'avait conclu la Cour dans l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*⁸. Comme elle l'a énoncé dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* en matière de GPA, « *la Cour accepte, dans certaines situations, l'existence d'une vie familiale de facto entre un adulte ou des adultes et un enfant en l'absence de liens biologiques ou d'un lien juridiquement reconnu, sous réserve qu'il y ait des liens personnels effectifs* »⁹. Pour admettre l'inexistence d'une vie familiale *de facto*, la Cour s'était appuyée sur « *l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention, la courte durée de la relation avec l'enfant et la précarité des liens du point de vue juridique, (...) malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs* »¹⁰. Dans la présente affaire,

⁵ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017, Opinion concordante aux juges De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, § 7 : « nous entendons par maternité de substitution une situation dans laquelle une femme (la mère de substitution) porte pendant la grossesse un enfant à naître qui a été implanté dans son utérus alors qu'elle lui est génétiquement étrangère, l'enfant ayant été conçu à partir d'un ovule fourni par une autre femme (la mère biologique) ».

⁶ Voir notamment *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, 28 août 2012, § 55-56 ; *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, § 80-82.

⁷ *X. c. Suisse*, n° 8257/78, 10 juillet 1978.

⁸ *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, précité, § 27.

⁹ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, § 148.

¹⁰ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, § 157.

il y a lieu de remarquer à titre principal qu'existe un lien génétique entre le premier requérant et la deuxième requérante, de même qu'un lien que l'on pourrait qualifier de « biologique » entre ce dernier et la troisième requérante qui l'a mis au monde et est donc sa mère légale, ainsi qu'un projet parental et des liens personnels affectifs entre les requérants.

10. Ainsi, si les adultes requérantes ne peuvent se prévaloir ni d'un droit à être parent¹¹, ni d'un droit à adopter¹² que la Convention ne garantit pas, la Cour a en revanche reconnu l'existence d'un droit pour l'enfant à connaître son origine et à établir sa filiation, comme élément de son droit à l'identité dès lors que le parent biologique le souhaite : dans l'affaire *Mennesson c. France* où existait un lien génétique entre le père et l'enfant, la Cour a souligné « l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun » et affirmé qu'il est contraire « 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 »¹³. Etant donné la nature des liens existant entre les requérants, il ne peut donc pas être nié que la mesure contestée constitue une forme d'ingérence dans les droits garantis par l'article 8, au moins sous l'angle de la vie privée si ce n'est celui de vie familiale de la Convention. Il s'agit donc d'examiner si une telle ingérence se trouve justifiée selon l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention.

III. UNE INGERENCE PREVUE PAR LA LOI

11. Selon l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention, « *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 (...)* ». En l'espèce, les autorités allemandes ayant refusé de reconnaître la deuxième requérante comme mère légale de l'enfant ont appliqué la loi allemande en matière d'établissement de la filiation. Celle-ci prévoit en effet que la mère d'un enfant est la femme qui lui a donné naissance (BGB, section 1591) tandis que son père est l'homme qui est marié à la mère de l'enfant au moment de la naissance (BGB, section 1592). La législation allemande ne prévoit donc l'établissement de la maternité légale qu'à l'égard d'une seule femme et la présomption de paternité s'applique à l'homme marié à la femme qui a accouché et non à la partenaire de celle-ci. Dans le cas d'un partenariat enregistré, l'établissement d'un lien de parenté entre l'un des partenaires et l'enfant de l'autre par le biais de l'adoption est toutefois prévu dans la section 9.7 de la loi relative aux partenariats civils enregistrés du 16 février 2001. L'ingérence est donc prévue par la loi.

IV. UNE INGERENCE POURSUIVANT DES BUTS LEGITIMES

12. Selon l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention, « *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence (...) 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* ». En l'espèce, l'ingérence poursuit au moins deux des buts légitimes énumérés par cette disposition : la protection de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui.

La protection de l'ordre : assurer le respect de la législation allemande en matière d'AMP face au fait accompli

13. La conduite des deuxième et troisième requérantes contrevient doublement à la loi allemande. D'une part, celle-ci réserve les techniques d'AMP à un usage médical pour les couples souffrant d'infertilité, et en exclue donc les personnes seules et les couples de même sexe, à l'instar de 20

¹¹ *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, décision sur la recevabilité, 15 novembre 2007, § 4.

¹² *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, § 141.

¹³ *Mennesson c. France*, n° 65192/11, 26 juin 2014, § 100.

autres Etats membres du Conseil de l'Europe¹⁴ ; or les requérantes se sont rendues en Belgique afin de contourner cette interdiction. D'autre part, l'article 1 § 1 de la loi sur la protection des embryons (*Embryonenschutzgesetz*) érige en délit le fait d'implanter dans le corps d'une femme un ovule qui n'est pas le sien, ainsi que l'avait d'ailleurs observé le gouvernement allemand dans le cadre de l'affaire *S.H. et autres c. Autriche*¹⁵. Selon les mots des quatre juges dans leur opinion concordante dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*, les requérantes « ont agi avec préméditation afin de tourner la législation nationale (ce qui) ne peut que jouer en leur défaveur », « l'existence d'un « projet parental » (étant) en réalité une circonstance aggravante »¹⁶. Dans cette affaire ayant trait à la GPA, la Grande chambre a reconnu comme légitime la volonté d'un gouvernement de dissuader ses ressortissants d'aller à l'étranger pour profiter d'une pratique contraire à l'ordre public et illégale sur son territoire : elle a donné sur ce point raison à la Chambre qui avait dit que « les mesures prises à l'égard de l'enfant tendaient à la “défense de l'ordre”, dans la mesure où la conduite des requérants se heurtait à la législation italienne sur l'adoption internationale et sur la procréation médicalement assistée »¹⁷.

14. En l'espèce, si les autorités allemandes avaient fait droit à la demande des requérantes en reconnaissant automatiquement un lien de filiation à l'égard de deux femmes, elles auraient alors ratifié leur conduite illégale, entérinant le *fait accompli* au détriment du bien commun : cela reviendrait à appliquer la loi du plus fort. Ainsi semble-t-il inopportun pour les deuxième et troisième requérantes de se prétendre victimes d'une situation qu'elles ont volontairement créée par leur propre conduite contraire au droit allemand : « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans. La loi ne saurait offrir une protection aux situations de fait accompli nées d'une violation de règles juridiques ou de principes moraux fondamentaux* » et en outre, « *il n'est pas acceptable de brandir les conséquences préjudiciables de ses propres actions illégales comme un bouclier contre l'ingérence de l'Etat. Ex iniuria ius non oritur* »¹⁸. De ce point de vue, il paraît malvenu de se prévaloir d'une certaine réalité biologique résidant dans l'existence du lien génétique entre la deuxième requérante et le premier requérant contre l'Allemagne qui n'a fait qu'appliquer son droit alors même que les deux femmes sont sciemment allées à l'étranger pour s'écarter de la réalité biologique et utiliser une technique d'AMP interdite en Allemagne. Dans la situation créée par elles, le respect de la réalité biologique ne peut en aucun cas être atteint dès lors qu'elles privent délibérément l'enfant de la vérité biologique quant à son père et que la femme qui a accouché et dont les requérantes ne contestent en aucun cas la maternité légale n'a aucun lien génétique avec l'enfant (sous réserve du patrimoine des mitochondries).

La protection des droits et libertés d'autrui : protéger les enfants en général en évitant que deux femmes se disputent la maternité biologique

15. La présente affaire marque une nouvelle étape dans l'éclatement de la filiation sous l'effet du désir d'enfant des adultes. La forme de GPA en question ici implique en effet trois adultes qui auraient chacun un titre « biologique » à se prétendre parent : deux femmes y auraient un tel titre pour être chacune reconnue comme mère. Le droit allemand prévoit toutefois de manière rationnelle que la mère est la femme qui accouche de l'enfant, cela excluant de soi la maternité d'une autre femme. Or le but consistant à éviter que deux femmes se disputent la maternité biologique d'un

¹⁴ Voir Comité directeur de bioéthique du Conseil de l'Europe, « Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la reconnaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA », 9 février 2012, CDBI/INF7FEV2, p. 19 ; ILGA, « *ILGA-Europe Rainbow Map (Index)* », mai 2016.

¹⁵ *S.H. et autres c. Autriche* [GC], précité, § 69.

¹⁶ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, Opinion concordante aux juges De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, § 4.

¹⁷ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, §§ 100, 177, 203. Voir aussi Grégor Puppink et Claire de La Hougue, « GPA : l'intérêt général peut primer le désir de parentalité – À propos de l'arrêt de Grande chambre *Paradiso et Campanelli c/ Italie* du 24 janvier 2017 », *Revue Lamy Droit civil*, n° 146, 1er mars 2017.

¹⁸ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, Opinion concordante aux juges De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, § 3.

enfant est légitime et reconnu comme tel dans l'affaire *S.H. et autres c. Autriche* où la Grande chambre a jugé que « la loi autrichienne repose sur l'idée selon laquelle la procréation médicalement assistée doit demeurer aussi proche que possible de la conception naturelle, le législateur ayant notamment voulu 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, ce afin d'éviter des conflits éventuels entre la filiation utérine et la filiation génétique au sens large »¹⁹. Dans cette même affaire, le gouvernement allemand avait justement observé que « la dissociation de la filiation maternelle en une composante génétique et une composante utérine reviendrait à reconnaître que deux femmes peuvent prendre part à la conception d'un enfant et irait à l'encontre de l'un des fondements de la société, à savoir le principe selon lequel la filiation maternelle ne peut pas être ambiguë. La dissociation de la filiation maternelle serait contraire au bien-être de l'enfant en ce qu'elle jetterait le doute sur l'identité de la mère, mettant ainsi en péril le développement de la personnalité de l'enfant et entravant gravement la construction de son identité »²⁰.

16. Reconnaître automatiquement un lien de filiation à l'égard de deux femmes reviendrait en outre à accepter le principe même de la fabrication d'un enfant sans père. C'est ainsi la protection de tous les enfants futurs qui est recherchée. La Cour a admis la pertinence de mesures visant le « but légitime de la protection de l'enfant – pas seulement de celui dont il est question en l'espèce mais des enfants en général – eu égard à la prérogative de l'Etat d'établir la filiation par l'adoption et par l'interdiction de certaines techniques de procréation médicalement assistée »²¹. Plus loin, c'est la protection de la famille et de ses membres qui est aussi visée dans la préservation de la structure naturelle de la famille dont l'expérience de l'humanité prouve la nécessité et la valeur irremplaçable ; y réside également l'intérêt de la société tout entière dès lors que la famille est « la cellule fondamentale de la société »²², « l'élément naturel et fondamental de la société »²³ « pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants »²⁴, « (instituée) essentiellement par le mariage entre un homme et une femme »²⁵. Les situations familiales atypiques sont rarement dans l'intérêt de l'enfant et ne sauraient par conséquent devoir nécessairement s'imposer à la société. Ainsi que l'a relevé la Cour dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, « 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 »²⁶. C'est ainsi que le domaine de la procréation et de la filiation humaines ne peut être abandonné à l'offre de « l'industrie » de la PMA et à la demande d'enfant des adultes et que se fonde la compétence exclusive de l'Etat pour reconnaître un lien de filiation en cas de lien biologique ou d'adoption régulière, rappelée par la Cour dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*²⁷.

¹⁹ *S.H. et autres c. Autriche* [GC], précité, § 104.

²⁰ *S.H. et autres c. Autriche* [GC], précité, § 104.

²¹ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, § 197.

²² Article 16 de la Charte sociale européenne de 1961.

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

²⁴ Préambule de la Convention internationale des Droits de l'Enfant de 1989

²⁵ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, Opinion concordante aux juges De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, § 3.

²⁶ *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC], précité, § 47.

²⁷ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, §§ 177 et 197. Voir aussi *Chavdarov c. Bulgarie*, n° 3465/03, 21 décembre 2010, § 55.

V. UNE MESURE PROPORTIONNEE AUX BUTS LEGITIMES

17. En l'espèce, l'Allemagne bénéficie d'une large marge d'appréciation dont elle n'a pas excédé les limites dès lors que l'application de sa législation à la situation des requérants paraît cohérente et équilibrée en ce qu'elle tient largement compte de l'intérêt de l'enfant et respecte la jurisprudence de la Cour, les textes internationaux et les principes développés par les organes du Conseil de l'Europe.

L'existence d'une large marge d'appréciation

18. Une « *marge d'appréciation (est) confiée à l'Etat dans la réglementation des relations de filiation* »²⁸. Son étendue peut varier en fonction de divers facteurs. Comme le rappelle régulièrement la Cour, « *lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est d'ordinaire restreinte. En revanche, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large. La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention* »²⁹. 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'Etat, celle-ci devrait toutefois être plus large en l'espèce dès lors que, selon les termes de la Cour, « *les faits de la cause touchent à des sujets éthiquement sensibles – adoption (...), procréation médicalement assistée et gestation pour autrui – pour lesquels les Etats membres jouissent d'une ample marge d'appréciation* »³⁰. L'Etat doit en outre ménager dans la matière en cause un juste équilibre entre les intérêts privés des requérants et l'intérêt général résidant dans la protection de l'ordre, de la famille et des enfants en général, comme énoncé précédemment.

19. Quant à l'existence ou non d'un consensus sur les questions posées en l'espèce, il ressort d'une étude comparative menée en 1998 par le Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe qu'à la question de savoir qui de la femme portant l'enfant ou de celle ayant donné l'ovule fertilisé est considérée en droit comme la mère, il apparaît unanimement que ni la donneuse d'ovule et ni moins encore les deux femmes ne peuvent être considérées comme telle³¹. Une étude du professeur Nigel Lowe menée pour le Comité d'experts sur le droit de la famille en 2008 mentionne qu'il existe une unanimité parmi les Etats membres ayant fait l'objet de l'étude concernant le fait de considérer la femme qui accouche comme la mère légale, son statut marital important peu³². Quoi qu'il en soit, l'établissement de la filiation maternelle pour la partenaire de la mère est une disposition très controversée : en 2011, après d'intenses négociations, le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) du Conseil de l'Europe 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 Etats 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. La Cour ne peut donc pas imposer aux gouvernements une telle interprétation de la Convention alors même que le consensus a été presque unanime sur le retrait de cette disposition en 2011, seuls la Norvège, la Suède et les Pays-Bas ayant maintenu leur volonté de la conserver. Ce

²⁸ *Chavdarov c. Bulgarie*, précité, § 56.

²⁹ Voir *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, 4 décembre 2007, § 78 ; *S.H. et autres c. Autriche* [GC], précité, § 94 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, § 194.

³⁰ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, § 194.

³¹ CDBI, "Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo: Comparative Study on the Situation in 39 States", 1998, CDBI/INF (98) 8, p. 111.

³² Nigel Lowe, « A study into the rights and legal status of children being brought up in various forms of marital or non-marital partnerships and cohabitation », 2008, CJ-FA (2008) 5, p. 28.

projet de recommandation a finalement été rejeté par le Comité des Ministres car il ne respectait pas suffisamment la structure naturelle de la famille.

La loi allemande prend en compte l'intérêt de l'enfant et respecte la jurisprudence de la Cour

20. Alors que les requérantes ont voulu imiter la procréation hétérosexuelle, il est douteux que la situation ainsi créée soit optimale au regard des intérêts et droits de l'enfant, notamment de son droit « à une « *vie familiale normale* » (...) (comportant) *l'établissement de sa double filiation maternelle et paternelle* »³³ et de son « *droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* » selon l'article 7-1 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant de 1989 (CIDE) : toute AMP hétérologue, par ailleurs non dénuée de tout risque pour l'être humain qui en est issu³⁴, prive nécessairement l'enfant de l'une au moins de ses ascendances biologiques l'empêchant de répondre au besoin légitime de connaître ses origines³⁵, ce qui constitue une grave injustice. L'enfant est aussi privé d'informations utiles en matière médicale et génétique, notamment pour la prévention et les soins médicaux appropriés³⁶. Ayant délibérément privé l'enfant de sa filiation paternelle, les adultes requérantes se préoccupent moins de l'intérêt de l'enfant à voir sa filiation établie que de leur propre intérêt à ce que leurs droits *sur* l'enfant soient établis légalement. L'intérêt de l'enfant peut malheureusement être facilement instrumentalisé au profit de celui des adultes qui l'entourent.

21. Face à une telle situation, l'Allemagne a adopté une position équilibrée tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'article 3-1 de la CIDE et au principe 2 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959³⁷. Ainsi que le rappelle régulièrement la Cour, « *là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille* »³⁸.

22. Dans cette perspective, il faut tout d'abord relever que même si tous les modes d'établissement de la filiation ne lui étaient pas ouverts, la deuxième requérante n'a pas été privée de tout moyen pour se voir reconnue comme second parent du premier requérant avec lequel elle a un lien génétique : elle a pu procéder à son adoption comme le lui permettait la section 9.7 de la loi relative aux partenariats civils enregistrés du 16 février 2001. Privilégiant la possibilité d'adoption, l'Allemagne s'est préoccupée de l'intérêt de l'enfant en n'admettant pas automatiquement l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de deux femmes, c'est-à-dire un dédoublement de la maternité mentionné dans l'acte de naissance qui aurait ainsi donné à croire qu'il a été conçu par deux femmes. Dans l'affaire *S.H c. Autriche*, la Cour a d'ailleurs affirmé devoir « *tenir compte de*

³³ 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).

³⁴ 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. 22-25.

³⁵ Voir *Odièvre c. France*, [GC], n° 42326/98, 13 février 2003, § 29 : « *A cet épanouissement (personnel) contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt 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 (Mikulic c. Croatie, no 53176/99, §§ 54 et 64, CEDH 2002-1). La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention* ». Voir aussi *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, 20 décembre 2007, § 45 ; *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00, 13 juillet 2006, § 37.

³⁶ Kavot Zillén, Jameson Garland, Santa Slokenberga, *op. cit.*, p. 24-25.

³⁷ Ces deux textes énoncent respectivement que « *[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, (...) l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* » et que « *[l]l'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante* ».

³⁸ *Keegan c. Irlande*, n° 16969/90, 26 mai 1994, § 50 ; *Kroon et autres c. Pays-Bas*, n° 18535/91, 27 octobre 1994, § 32 ; *Chavdarov c. Bulgarie*, précité, § 37.

ce que la dissociation de la maternité entre une mère génétique et une mère utérine crée des rapports très différents de ceux qui résultent de l'adoption et ajoute une nouvelle dimension au problème »³⁹. Il convient également de mentionner l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* concernant le lien entre un transsexuel (femme-homme) et l'enfant de sa compagne conçu avec un don anonyme de sperme : la Cour avait conclu à l'absence de violation de la Convention en jugeant que « le fait que le droit britannique ne permette pas une reconnaissance juridique spéciale de la relation unissant X et Z ne constitue pas un manque de respect de la vie familiale au sens de cette disposition (art.8) »⁴⁰. Cela revient à dire que le fait qu'il ne puisse pas y avoir biologiquement 2 femmes enregistrées comme parents d'un enfant n'est pas contraire à la Convention, *a fortiori* quand l'adoption est possible comme c'est le cas en l'espèce. D'ailleurs, dans l'affaire *Chavdarov c. Bulgarie*, la Cour a considéré qu'une loi restrictive en matière d'établissement de la filiation ne permettant pas la reconnaissance du lien génétique unissant un père à ses enfants naturels ne viole pas les droits issus de la Convention, bien que cette situation « aille selon (le père) à l'encontre tant de la vérité biologique que de la réalité sociale »⁴¹. Ajoutons encore que la section 9.7 de la loi relative aux partenariats civils enregistrés renvoie à la section 1754 du BGB relative aux effets de l'adoption par un époux de l'enfant de l'autre et prévoit que l'enfant acquiert le statut juridique d'enfant des deux époux : les attentes des requérantes peuvent ainsi s'en trouver pleinement satisfaites.

23. La législation allemande a encore tenu compte de l'intérêt de l'enfant en ce qui concerne la période précédant le prononcé de l'adoption. D'une part, le premier requérant n'a pas été privé de tout lien de filiation dans l'attente de l'effectivité de son adoption par la deuxième requérante puisqu'un tel lien a été établi dès sa naissance à l'égard de la femme qui l'a mis au monde, cela en vertu de la section 1591 du BGB. D'autre part, outre la possibilité d'adoption, la loi allemande prévoit un certain nombre de dispositions concernant le lien juridique entre l'enfant et le partenaire du parent légal⁴², notamment la possibilité d'établir un droit de codécision dans les questions de la vie quotidienne le concernant ou le droit de prendre toutes décisions nécessaires au bien-être de l'enfant en cas de danger pour ce dernier (section 9.1 et 9.2 de la loi relative aux partenariats civils enregistrés).

La loi allemande respecte les textes internationaux et les principes développés par les organes du Conseil de l'Europe

24. Le refus des autorités allemandes de reconnaître automatiquement comme mère légale de l'enfant la partenaire de la femme qui a accouché, sur la base des dispositions légales allemandes concernées en l'espèce, notamment les sections 1591 et 1592 du BGB, respecte les textes internationaux et principes développés dans le cadre du Conseil de l'Europe⁴³.

25. Cela est ainsi conforme à l'article 2 de la Convention de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage qui dispose : « La filiation maternelle de tout enfant né hors mariage est établie du seul fait de la naissance de l'enfant ». Cela est également en accord avec le « Rapport sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation – 'Le Livre blanc' » élaboré par le CDCJ et adopté en mai 2004 dont le principe 1 concernant l'établissement de la filiation maternelle énonce « La femme qui donne naissance à l'enfant est considérée comme sa

³⁹ *S.H. et autres c. Autriche* [GC], précité, § 105.

⁴⁰ *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC], précité, § 52.

⁴¹ *Chavdarov c. Bulgarie*, précité, § 28 et 30.

⁴² Comité directeur de bioéthique du Conseil de l'Europe, « Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la reconnaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA », 9 février 2012, CDBI/INF7FEV2, p. 54.

⁴³ Voir notamment Conférence de La Haye de droit international privé, « Etude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », mars 2014, Doc. pré-l. No 3C (L'étude), p. 8.

mère »⁴⁴. Une seule femme, en l'occurrence celle qui a accouché, peut prétendre à être reconnue comme mère du fait de la naissance. Le CDCJ explique que ce principe 1 « reprend le libellé du paragraphe 1 du principe 14 des conditions générales de l'utilisation des techniques de procréation artificielle figurant dans le Livre Blanc sur la « procréation artificielle humaine » rédigé par le Comité ad hoc d'experts du Conseil de l'Europe sur les progrès des sciences biomédicales (CAHBI). De plus, il va dans le sens de l'interprétation de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt *Marckx*, selon laquelle il existe un droit fondamental, pour une mère et son enfant, de voir leur lien de filiation établi sans conteste à partir du moment de la naissance »⁴⁵. Il est encore précisé qu'« après examen des situations créées par l'assistance médicale à la procréation, il a été décidé que le principe 1 concernait la situation juridique au moment de la naissance. (...) En d'autres termes, toutes les circonstances antérieures touchant à la conception et la grossesse (par exemple, maternité de substitution) et toute modification ultérieure de la filiation juridique (par exemple, adoption par une autre personne) seront sans incidence sur la filiation juridique maternelle au moment de la naissance »⁴⁶.

VI. L'ABSENCE DE DISCRIMINATION

26. En l'espèce, les requérants se plaignent encore de subir un traitement discriminatoire sur le motif de l'orientation sexuelle selon l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention, ce dernier pouvant vraisemblablement trouver à s'appliquer comme il a été admis plus haut.

27. L'existence d'un tel traitement discriminatoire, c'est-à-dire d'une différence de traitement de situations analogues, est toutefois douteuse. En effet, dans l'affaire *Gessner et Gessner-Boeckel c. Allemagne* dont les faits se présentent de manière similaire à ceux de la présente espèce, excepté l'existence d'un lien génétique comme dans cette dernière, la Cour avait constaté l'absence de discrimination et conclu à l'irrecevabilité de la requête. Les requérantes avançaient qu'est discriminatoire le fait que la présomption de la section 1592 § 1 du BGB faisant du mari de la mère le père de l'enfant ne s'applique pas dans le cadre du partenariat enregistré⁴⁷. Etant donné que, comme énoncé précédemment, l'existence ou non d'un lien génétique importe peu dans le mécanisme de cette présomption, celle-ci s'appliquant au mari de la mère que l'enfant soit ou non issu de lui, le raisonnement tenu par la Cour devrait trouver à s'appliquer *mutatis mutandis* à la présente espèce.

28. La Cour avait énoncé que dans le cas où l'une des partenaires donne naissance à un enfant, il peut être exclu pour des raisons biologiques que l'enfant descende de l'autre et qu'il n'y a donc pas de fondement factuel pour une telle présomption légale⁴⁸. Elle avait en outre conclu que les requérantes ne se trouvaient pas dans une situation similaire à celle d'un couple hétérosexuel marié dans lequel la femme met au monde un enfant au regard des mentions inscrites dans l'acte de naissance au moment de celle-ci⁴⁹.

29. En effet, la présomption en question est un mode de preuve destiné à établir la filiation paternelle de l'enfant né dans le foyer d'un couple marié de sexe différent⁵⁰. Elle n'a d'utilité que pour les couples hétérosexuels qui peuvent avoir à prouver qui est le père de l'enfant et ne peut clairement pas s'appliquer à un couple de femmes : on ne peut en effet raisonnablement présumer qu'un enfant est né de deux femmes ! Dans l'affaire *Chavdarov c. Bulgarie*, le gouvernement expliquait que « [la présomption de paternité] est la solution la mieux adaptée pour répondre à la

⁴⁴ 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.

⁴⁵ *Ibid.*, § 12.

⁴⁶ *Ibid.*, § 14.

⁴⁷ *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, précité, § 6.

⁴⁸ *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, précité, § 30 ; voir aussi § 8.

⁴⁹ *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, précité, § 29 et 31.

⁵⁰ Voir Conférence de La Haye de droit international privé, « Etude sur la filiation juridique », *op. cit.*, p. 9.

nécessité d'établir le lien entre l'enfant et son père et c'est pourquoi elle est largement adoptée par les différentes législations européennes »⁵¹. Elle s'appuie sur les lois de la nature selon l'adage de droit romain *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (L.5 De in jus voc. ; Dig. 2, 4, 5), non sur les possibilités que recèlent les techniques d'AMP qui vont au-delà de ce que permet la nature. Elle ne s'applique donc que dans le cas d'un homme et d'une femme, mariés au demeurant, peu importe qu'il y ait réellement un lien génétique entre le père et l'enfant. A titre de comparaison, la législation française qui a ouvert le mariage aux personnes de même sexe (loi n° 2013-404 du 17 mai 2013) réserve de façon pragmatique la présomption de paternité aux couples mariés de sexe différent⁵² : l'épouse de la femme qui accouche n'en bénéficie pas. En tout état de cause, un couple de sexe différent ne se trouverait pas dans la même situation que les requérantes ; une discrimination en raison de la configuration sexuelle du couple ne peut pas être caractérisée en l'espèce.

Conclusion

30. Condamner l'Allemagne dans cette affaire, alors même que sa législation ne paraît dépourvue ni de cohérence ni d'équilibre, reviendrait à encourager un certain tourisme procréatif permettant la création de situations telles que celle dont il est question en l'espèce et qui posent problème. L'Etat verrait réduite à néant sa liberté de prévoir des dispositions visant à empêcher cela et sa compétence en matière de filiation significativement entravée. Il s'agirait également de la validation d'une forme de gestation par autrui.

31. La présente espèce soulève en outre d'importants questionnements tenant au lien entre le droit, la science et la nature. Le droit trouve son fondement ultime dans la nature humaine qui détermine le bien et le juste. Le désir d'avoir un enfant est profondément humain ; avec le désir de vivre, de vivre en société et d'apprendre, il fait partie des inclinations fondamentales de l'être humain. Il est respectable et universel en ce qu'il est un élément essentiel de la nature humaine. C'est cet enracinement dans la nature humaine du désir de procréer qui fonde le « droit de se marier et de fonder une famille ». Si ce droit n'était que l'expression de la volonté individuelle ou de la volonté générale, il ne serait pas universel et ne serait pas un droit de l'homme. Il n'y a pas de droits de l'homme sans nature humaine.

Cette même nature humaine qui est à l'origine du désir et du droit de se marier et de fonder une famille est aussi à l'origine de la faculté d'accomplir ce désir. Les deux sont inséparables en l'homme. Il est vain d'invoquer la nature humaine pour obtenir la réalisation d'un désir naturel selon des modalités contraires à la nature humaine, car on nie alors le fondement même que l'on prétend donner à sa revendication.

Cette même 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. Priver volontairement un enfant de ses véritables parents et de la connaissance de sa filiation est toujours une injustice grave, cause de souffrances. C'est le résultat de l'égoïsme d'adultes qui font passer leur désir avant l'intérêt de l'enfant au motif qu'ils ont acquis techniquement le pouvoir de décider de sa venue au monde.

Il est primordial d'actualiser la protection des droits des enfants pour répondre aux techniques nouvelles de PMA afin d'éviter qu'elles ne produisent les êtres humains comme des objets. Les enfants sont les êtres humains les plus vulnérables, surtout avant leur naissance, période durant laquelle leur reconnaissance en tant que personne et leur protection dépend intégralement de la volonté des adultes. Et encore après la naissance, le besoin d'amour des enfants est tel qu'il crée

⁵¹ *Chavdarov c. Bulgarie*, précité, § 31.

⁵² L'article 6-1 du Code civil énonce que « *Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre 1er du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* », le titre VII traitant de la filiation. La circulaire du Ministre de la justice du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (BOMJ n°2013-05 du 31 mai 2013 - JUSC1312445C) explique : « *le mariage entre deux personnes de même sexe n'emporte aucun effet en matière de filiation non adoptive. Ainsi la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple de personnes de même sexe ne pourra que résulter d'un jugement d'adoption* » (p. 2).

une dépendance envers les adultes, quels qu'ils soient. Cette dépendance est aussi une vulnérabilité qui peut être exploitée par les adultes. A cet égard, comme la Grande chambre l'a souligné avec clairvoyance dans l'arrêt *Paradiso*, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être comprise de façon large, comme protégeant aussi les enfants en général, et doit être interprétée à la lumière de leur dignité humaine, ce qui implique de traiter les enfants humainement, c'est-à-dire comme une fin en soi et non comme le moyen de satisfaire le désir de tierces personnes d'avoir ou de ne pas avoir d'enfant.

La fonction des droits de l'homme est d'aider la société à préserver notre humanité contre toutes les démesures. Fondés après-guerre pour contrer la démesure idéologique des systèmes totalitaires, ils doivent aujourd'hui faire face à la démesure des désirs individuels qui nourrit l'idéologie transhumaniste. Les désirs individuels perdent toute mesure lorsqu'ils sont détachés de la nature. Le rôle de la Cour est d'aider les Etat à préserver notre humanité, et non pas de les forcer à lever les obstacles moraux à la réalisation des désirs individuels contre-nature.