



OBSERVATIONS ÉCRITES

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

Schlittner-Hay contre Pologne

(Requêtes n° 56846/15 et 56849/15)

Grégor Puppinck, Directeur

Priscille Kulczyk, Chercheur associé

Delphine Loiseau, Élève avocat

23 juillet 2019

1. Dans l'affaire *Schlittner-Hay contre Pologne* (requêtes n° 56846/15 et 56849/15), deux hommes, M. Schlittner (israélo-polonais) et M. Hay (israélien), vivant en couple en Israël, se sont rendus aux États-Unis afin de conclure une convention de gestation par autrui en 2010 avec une femme mariée, Mme Kristy Sharee Calkins.

De cette gestation par autrui, sont nés en Californie deux jumeaux, Matan et Segev (requérants n° 1 et 2), de nationalité américaine. Par jugement du 7 septembre 2010, un tribunal californien a déclaré que M. Schlittner et M. Hay sont les parents naturels, joints et égaux des jumeaux, que M. Schlittner est le père génétique des enfants et que Mme Calkins n'est pas leur mère naturelle, ni génétique, ni juridique et n'a donc aucun droit ni devoir à leur égard, comme son époux. L'acte de naissance précise que M. Schlittner est le « Père /Parent » et que M. Hay est la « Mère /Parent ». Ils résident tous en Israël.

Les autorités polonaises ont refusé d'accorder aux enfants la nationalité polonaise en dépit de leur lien biologique avec M. Schlittner, de nationalité polonaise, car leur acte de naissance n'a pas été transcrit en Pologne, celui-ci faisait en outre mention de deux hommes comme parents. Sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention, les requérants (les enfants) se plaignent de ce refus et accusent les autorités nationales polonaises d'avoir basé leurs décisions sur l'homosexualité de leurs « parents ».

Dans ce contexte, l'*European Centre for Law and Justice (ECLJ)* souhaite faire part à la Cour des observations suivantes.

2. À titre préalable, il est à observer que seuls les jumeaux Matan et Segev, âgés de 9 ans, sont requérants dans le cadre de ce recours et qu'ils sont représentés à cette fin par M. Schlittner, père commanditaire. Or, les intérêts invoqués par la requête ne sont pas nécessairement ceux des enfants, mais plutôt ceux de leurs « pères d'intention ». Pour preuve, organiser une gestation par autrui est conforme aux intérêts des commanditaires mais dessert les intérêts des enfants qui en sont issus car ils sont délibérément privés de leur mère et de la moitié de leur filiation. En conséquence, il s'agit de ne prendre en compte que les intérêts des requérants mineurs puisque leurs « pères commanditaires » ne sont pas partie à la présente affaire.

3. En outre, les commanditaires des requérants veulent, par ce recours devant la Cour, remettre en cause le principe acquis et certain de la filiation maternelle, applicable en Pologne et dans l'ensemble de l'Europe, selon lequel « *mater semper certa est* », la mère est la femme qui accouche. En effet, demander la reconnaissance d'une double filiation paternelle revient à supprimer ce principe et par là même le droit naturel d'avoir une mère.

En somme, cette affaire pose la question suivante : un État peut-il refuser d'accorder la nationalité à un enfant au motif que son acte de naissance est manifestement faux, car contraire à la réalité ? En d'autres termes, le respect du principe « *mater semper certa est* » et de la présomption de paternité de l'époux de la femme qui accouche, dont il résulte que la gestation par autrui et la double filiation de même sexe ne peuvent être reconnus en Pologne, peuvent-ils légitimement faire obstacle à l'attribution aux requérants de la nationalité de leur père commanditaire ?

SUR LA RECEVABILITE

Irrecevabilité de la requête pour non-épuisement des voies de recours

4. Conformément à l'article 35.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes. Il s'agit d'une condition de recevabilité de la requête.

5. En l'espèce, comme le mentionne le communiqué de la Cour, M. Schlittner n'a pas fait de demande d'enregistrement des actes de naissance des requérants dans le registre d'état civil polonais et n'a pas non plus intenté d'action, conformément à l'article 1148 du Code de procédure civile polonais, pour obtenir la reconnaissance du jugement californien en Pologne. Or, la reconnaissance de cette filiation est un préalable à l'attribution de la nationalité.

6. En principe, la Cour devrait donc juger la requête irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes, d'autant plus que les recours en la matière sont efficaces. En effet, en octobre 2018, la Cour administrative suprême polonaise a jugé que la nationalité polonaise doit être accordée à l'enfant né d'une gestation par autrui à l'étranger au bénéfice d'un couple homosexuel dont l'un des membres est polonais¹. On ne peut reprocher à l'issue de ces recours d'être encore incertaine, car il s'agit d'une matière où le droit est en transition, comme le rappelle la Cour dans sa décision *S.H. et autres contre Autriche*². Le fait est que ces recours existent, et ne sont pas inefficaces. En conséquence, les requérants n'ayant pas encore demandé l'enregistrement des actes de naissance américains dans le registre d'état civil polonais, ils peuvent encore le faire. La requête paraît en conséquence irrecevable pour non-épuisement des voies de recours³.

SUR LE FOND

7. Historiquement, les organes de la Convention rejetaient comme incompatibles *ratione materiae* avec la Convention les requêtes portant sur des cas de perte ou de refus de nationalité, au motif que la Convention ne garantit pas un droit à la nationalité⁴. Ces dernières années, la Cour, bien que reconnaissant qu'il n'existe aucun droit à la nationalité protégé par la Convention, a pu à plusieurs reprises considérer qu'un refus de nationalité peut dans certaines conditions poser un problème au regard de l'article 8 de la Convention s'il est arbitraire et au vu de l'impact de ce refus sur la vie privée de l'intéressé⁵.

¹ Patrycja Rojek-Socha, NSA: Córki Polaka i jego partnera, urodzone przez surogatkę, są Polkami, *Prawo*, 30 octobre 2018, <https://www.prawo.pl/samorzad/dziecko-z-pary-jednoplciowej-ma-prawo-do-polskiego-obywatelstwa.322405.html>

² *S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00 [GC], 3 novembre 2011, § 83.

³ Guide pratique sur la recevabilité, Cour européenne des droits de l'homme, 31 décembre 2018, p. 27, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_FRA.pdf

⁴ Voir, par exemple, *X c. Autriche*, n° 5212/71, décision de la Commission du 5 octobre 1972.

⁵ Voir *Karashev c. Finlande*, n° 31414/96, 12 janvier 1999 ; *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, 9 octobre 2003 §77 ; *Genovese c. Malta*, n° 53124/09, 11 octobre 2011, § 30.

8. Dans le cadre des affaires relatives à la nationalité, le raisonnement de la Cour se fait toujours en deux temps⁶. À supposer que la requête soit recevable, il s'agit tout d'abord de rechercher si le refus de nationalité est arbitraire (I), puis dans l'affirmative, d'analyser les conséquences effectives de ce refus arbitraire sur la vie privée et familiale du requérant (II).

I/ Le refus de l'État polonais d'accorder sa nationalité est-il arbitraire ?

9. Conformément à la jurisprudence de la Cour, il convient de vérifier si le refus d'accorder la nationalité revêt un caractère arbitraire. Ce caractère s'établit en se référant à la motivation de la décision ou en examinant les circonstances de la cause⁷. Par exemple, dans l'arrêt *K2 c. Royaume-Uni* concernant une déchéance de nationalité, la Cour a vérifié si la mesure était prévue par la loi, si elle était entourée de garanties procédurales suffisantes et si la personne déchue de sa nationalité avait eu la possibilité de contester la décision devant les tribunaux présentant de telles garanties et si les autorités avaient agi avec diligence et promptitude.

10. En l'espèce, les articles 4 à 6 de la loi sur la nationalité polonaise de 1962, applicables lors de la demande de M. Schlittner en 2012, prévoyaient qu'un enfant ayant un parent polonais et un parent étranger acquiert la nationalité polonaise à la naissance. Le droit polonais fait donc dépendre l'acquisition de la nationalité de plein droit d'un lien de filiation (principe du droit du sang). Le refus des autorités polonaises d'accorder la nationalité est donc fondé sur l'ordre public polonais qui rend impossible la transcription d'une double filiation paternelle des enfants requérants. Ce refus était prévisible.

11. Absence de discrimination liée à l'orientation sexuelle dans le refus d'accorder la nationalité polonaise.

Les requérants prétendent que les juges polonais ont ajouté une condition à la loi sur la nationalité polonaise, à savoir l'hétérosexualité des parents, pour refuser leur demande. D'après eux, l'hétérosexualité de la filiation conservée en droit polonais causerait une discrimination dans l'accès à la nationalité à l'encontre des enfants obtenus par des couples homosexuels.

Or, cette prétention est fautive pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le droit polonais fait dépendre l'acquisition de la nationalité du lien de filiation : il faut donc que ce lien de filiation soit reconnu. Or, ce n'est pas l'homosexualité des « pères commanditaires » qui fait obstacle à la reconnaissance de la filiation, mais le recours à la gestation par autrui ; le fait bien réel et premier que l'enfant est né d'une femme, qui plus est, mariée. Or, la gestation par autrui est contraire à l'ordre public polonais.

12. Un couple hétérosexuel ayant obtenu un enfant par gestation par autrui n'aurait pas été traité différemment des requérants. La seule différence entre couples homosexuel et hétérosexuel, sur ce point, réside dans le fait naturel que les premiers ne peuvent pas cacher leur stérilité, et donc leur recours à une gestation par autrui. Cette différence de fait ne saurait constituer une discrimination.

⁶ Raisonnement initié par la décision *Karashev c. Finlande* et repris *mutatis mutandis* concernant la déchéance de nationalité dans la décision *Ramadan c. Malte*, n° 76136/12, 21 juin 2016 et *K2 c. Royaume-Uni*, n° 42387/13, 7 février 2017.

⁷ H. Fulchiron, « Réflexions sur les évolutions récentes du droit de la nationalité en Europe », in *Mélanges Panayotis Soldatos*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 291-308, particulièrement p. 302.

13. Certes, il est vrai que la Pologne, comme la majorité des États européens, refuse la fiction d'une double paternité ou maternité. On ne saurait le lui reprocher sur la base de la Convention européenne. En effet, le refus de cette fiction – comme d'ailleurs celui de la gestation par autrui – se justifie parfaitement, notamment au regard des droits et intérêts des enfants. Néanmoins, il n'est pas la cause directe et première du refus de nationalité ; celle-ci demeure l'incompatibilité de la gestation par autrui avec l'ordre public polonais.

Les juges polonais n'ont donc pas ajouté de condition à la loi sur la nationalité et n'ont pas basé leur refus d'accorder la nationalité sur l'homosexualité des « pères d'intention » mais sur la volonté de ne pas donner effet à la gestation par autrui.

14. Il convient de vérifier si ce refus de reconnaître une double filiation paternelle des requérants issus d'une gestation par autrui est justifié et proportionné. De cette appréciation découle le caractère arbitraire ou non du refus d'accorder la nationalité. Or, trois motifs d'intérêt public rendent légitime ce refus.

Le premier motif d'intérêt public relatif à la protection de la famille et du mariage

15. Comme le rapportent les décisions des juridictions polonaises, la société polonaise et la loi polonaise sont fondées sur la conception naturelle et traditionnelle de la famille. Elle résulte de l'application du principe « *Mater semper certa est* » et de la présomption de paternité de l'époux de la mère. Le principe suivant lequel la mère est la femme qui a accouché est inscrit en tant que tel depuis la loi du 6 novembre 2008, entrée en vigueur le 13 juin 2009 (article 61 du Code polonais de la famille et de la tutelle)⁸. D'ailleurs, l'inscription de ce principe a été faite afin d'écarter tout litige entre une femme qui aurait fourni un ovule et la femme qui aurait accouché. La rédaction de cet article manifeste bien la volonté du législateur polonais d'empêcher la gestation par autrui et en particulier ses conséquences sur la filiation⁹.

16. Cette conception de la famille est également promue et protégée en droit international qui reconnaît en la famille « *la cellule fondamentale de la société* »¹⁰, « *l'élément naturel et fondamental de la société* »¹¹ « *pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants* »¹², elle est « *(instituée) essentiellement par le mariage entre un homme et une femme* »¹³. Les situations familiales atypiques sont rarement dans l'intérêt de l'enfant et ne sauraient par conséquent 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* »¹⁴.

⁸ Rapport de la CIEC sur « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des Etats membres de la CIEC », février 2014, p.11.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Article 16 de la Charte sociale européenne de 1961.

¹¹ 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.

¹² Préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989.

¹³ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017, Opinion concordante aux juges De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, § 3.

¹⁴ *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC], n° 21830/93, 22 avril 1997, § 47.

17. En l'espèce, les autorités polonaises refusent au nom de leur ordre public de reconnaître des effets à une gestation par autrui. En effet, une double filiation paternelle issue de cette gestation par autrui serait contraire, jusque dans ses apparences, à la réalité naturelle de ces enfants sur laquelle est structuré le droit polonais.

En conséquence, d'après les juridictions polonaises, au jour de la naissance des requérants, leurs parents étaient M. et Mme Calkins et puisqu'aucun d'eux n'a la nationalité polonaise, les enfants ne pouvaient prétendre avoir un droit à la nationalité polonaise. La décision des autorités polonaises vise les buts légitimes de protéger la filiation et les intérêts des enfants.

Le deuxième motif d'intérêt public : la légitime et nécessaire opposition à la gestation par autrui

18. La Pologne peut légitimement s'opposer à la pratique de la gestation par autrui et refuser de lui reconnaître des effets sur son territoire. Cette opposition est conforme à la Convention européenne et aux autres normes de droit international. Plus encore, elle est nécessaire au respect des droits des personnes les plus faibles : enfants et mères porteuses.

19. Comme le soulignent les juges De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek et Dedov dans leur opinion concordante dans l'arrêt de Grande Chambre *Paradiso et Campanelli*, la gestation par autrui ne traite pas les personnes « *comme des buts en soi mais comme des moyens de satisfaire les désirs d'autres personnes* », cette pratique « *qu'elle soit ou non rémunérée, n'est pas compatible avec la dignité humaine. Elle constitue un traitement dégradant non seulement pour l'enfant mais également pour la mère de substitution* » et s'oppose donc aux « *valeurs sous-jacentes à la Convention* » (OC § 7). Quant à la gestation par autrui commerciale, ils la déclarent « *illégal au regard du droit international* » prohibant la vente d'enfant.

Comme le note le juge Dedov, les droits de l'homme reposent sur des valeurs, au premier rang desquelles figurent la dignité et la liberté de la personne humaine qui sont l'essence même de la Convention. La Cour a pour mission d'en étendre le respect, et non de voir dans les frontières nationales et dans le *forum shopping* un moyen de les violer impunément. Pour l'ECLJ, la Cour serait à la hauteur de sa mission si elle avait le courage de déclarer la gestation par autrui contraire aux droits et à la dignité des personnes, et si elle contribuait à endiguer ce commerce plutôt qu'à le libéraliser.

20. À ce jour, la Cour s'est contentée de reconnaître comme légitime et importante la volonté d'un gouvernement de dissuader ses ressortissants d'avoir recours à l'étranger – même légalement – à une pratique illégale sur son territoire et qui pose de graves problèmes éthiques¹⁵ et a qualifié de « *complexe et sensible* » la question de la relation entre des parents d'intention et un enfant né à l'étranger dans le cadre d'une gestation par autrui avec don de gamètes. La Cour reconnaît également que la gestation par autrui est source de risque de trafic d'enfants¹⁶.

21. Pour sa part, Mme Maud de Boer-Buquicchio, Rapporteur spécial des Nations unies sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, dans son rapport de janvier 2018¹⁷, détaille précisément tous les problèmes causés par la gestation par autrui.

¹⁵ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017, § 203.

¹⁶ *Paradiso* [GC], préc., § 202 ; *D. et autres c. Belgique*, n° 29176/13, 8 juillet 2014.

¹⁷ Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant, A/HRC/37/60, 15 janvier 2018.

22. Le fait que la Pologne interdise la gestation par autrui ne devrait pas être seulement « toléré » au titre de sa marge d'appréciation nationale, comme si cette interdiction était une restriction à l'exercice d'un droit ou d'une liberté garantis par la Convention. Il n'existe pas de droit à l'enfant, ni de droit à être parent¹⁸. Plus encore, la Pologne peut légitimement estimer que l'interdiction de cette pratique est nécessaire au respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine.

Ainsi, le choix du législateur polonais ne porte pas atteinte aux droits garantis par la Convention, mais en assure au contraire un plus haut degré de protection que ne l'a fait la Cour jusqu'à présent.

Si la doctrine de la marge d'appréciation doit s'appliquer en la matière, ce serait bien plus pour justifier le fait de tolérer cette pratique que de l'interdire.

23. Cela étant, la Cour a reconnu 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* »¹⁹.

Le troisième motif d'intérêt public : l'intérêt supérieur de l'enfant comme finalité du refus de l'inscription de la double filiation paternelle

24. En premier lieu, la gestation par autrui n'est pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, selon la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) de 1989, « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci (...), dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* » (art. 7 § 1). Les États parties doivent veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents (art. 9 § 1) mais également prendre toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit (art. 35).

Or une convention de gestation par autrui organisant la procréation et la vente d'un enfant et par là même l'abandon de cet enfant par sa mère biologique – celle qui a accouché – viole l'ensemble des droits mentionnés.

25. En second lieu, l'enfant a droit « à une "vie familiale normale" (...) (comportant) l'établissement de sa double filiation maternelle et paternelle »²⁰. La Cour a déjà souligné « l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun »²¹. D'ailleurs, 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 »²². En outre, cette manipulation de la filiation orchestrée par la convention de gestation par autrui ne favorise que l'intérêt des adultes commanditaires à obtenir un enfant auprès de tierces personnes. Si le bien des enfants était le premier souci des adultes, ils ne leur imposeraient pas une telle venue au monde. Nul ne peut souhaiter à un enfant d'être orphelin de père ou de mère.

¹⁸ Voir notamment *Paradiso et Campanelli c. Italie*, préc. § 215.

¹⁹ *Menesson contre France*, n° 65192/11, 26 juin 2014, § 79.

²⁰ 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 CEDH, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, 13 juin 1979 (filiation maternelle) ; *Johnston c. Irlande*, n° 9697/82, 18 décembre 1986 (filiation paternelle).

²¹ CEDH, *Menesson c. France*, préc., § 100.

²² *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 197.

Les intérêts des adultes diffèrent donc en l'espèce de ceux des enfants, lesquels devraient seuls être pris en compte, d'autant plus qu'ils sont ici les seuls requérants.

26. En conséquence, le refus de reconnaître une filiation volontairement mensongère et tronquée est conforme à l'intérêt supérieur des requérants et des enfants en général.

27. Pour récapituler, au nom des trois motifs d'intérêt public développés, les autorités polonaises ont légitimement refusé d'accorder des effets à une gestation par autrui. Dès lors, c'est tout aussi légitimement que la Pologne a refusé d'accorder la nationalité polonaise aux requérants tant que leur filiation avec un parent polonais n'est pas reconnue en Pologne. Ce refus, fondé sur l'ordre public, était prévisible ; il ne peut en aucun cas être qualifié d'arbitraire. En dehors de tout refus arbitraire, la Cour ne pourra que rejeter la demande des requérants puisque la Convention ne consacre aucun droit à la nationalité. De plus, la nationalité est une prérogative souveraine de l'État et, sauf à l'employer de façon arbitraire, il est libre de déterminer qui fait partie de son peuple²³.

28. Au surplus, la manœuvre des « pères commanditaires » des requérants doit être dénoncée. En effet, l'adage pose que : « Nul ne peut invoquer sa propre turpitude ». Pourtant les commanditaires ont volontairement contourné l'ordre public polonais en ayant recours à la gestation par autrui aux États-Unis, et se plaignent à présent des conséquences de leur propre manœuvre de contournement de la loi. Or se placer volontairement dans une situation de fait contraire à un droit national pour ensuite demander la condamnation de cet État relève d'une intention dolosive. En conséquence, la requête des requérants ne devrait pas être considérée comme fondée, et pourrait même être rejetée au titre de l'abus de droit.

De façon analogue, M. Schlittner se prévaut de son lien génétique avec les enfants pour contraindre la Pologne à reconnaître la filiation mensongère des requérants alors qu'il a privé ces enfants de tout lien biologique et de filiation avec leur mère. M. Schlittner ne saurait se prévaloir de son lien génétique avec les enfants dès lors qu'il nie toute valeur à ce même lien génétique à l'égard de leur mère.

Il est d'ailleurs troublant de constater que les commanditaires dénie toute valeur à la filiation maternelle des enfants, alors même que ceux-ci bénéficient de la nationalité américaine du fait de leur naissance.

29. Si la Cour qualifiait d'arbitraire ce refus d'attribuer la nationalité, il y aurait lieu d'étudier l'impact réel -et non éventuel- d'un tel refus sur la vie privée et familiale des requérants.

II. L'absence de conséquences effectives du refus d'octroyer la nationalité polonaise sur la vie privée et familiale des requérants.

30. La Convention ne garantit aucun droit à avoir une nationalité. Ainsi, pour que le refus d'accès à une nationalité puisse entrer dans le champ d'application de la Convention, il faut que

²³ J.-F. Flauss, « L'influence du droit international des droits de l'Homme sur la nationalité », in *Perspectives du droit public*, Études offertes à J.-C. Hélin, 2004, p. 269 : « Il est de tradition de considérer que le droit de la nationalité relève du domaine réservé de l'État ou de sa compétence nationale exclusive » ; Article 3.1 de la Convention européenne sur la nationalité de 1997 : « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses ressortissants ».

ce refus soit non seulement arbitraire, mais qu'en outre, il porte atteinte de manière significative à la vie privée et familiale du requérant²⁴.

31. Dans l'affaire *Genovese contre Malte*, la Cour avait conclu à une violation de l'article 8 de la Convention alors même que le refus de l'État maltais d'accorder la nationalité maltaise au requérant n'avait pas d'impact sur la vie du requérant. En effet, dans le cadre de cette affaire le requérant avait déjà la citoyenneté britannique et pouvait donc déjà vivre et travailler dans l'État maltais en tant que citoyen européen.

32. Pour justifier sa position, la Cour avait déclaré, de façon nouvelle, que le droit à la vie privée embrassait les différents aspects de « l'identité sociale » et qu'un refus de nationalité portait en conséquence atteinte à la vie privée du requérant²⁵. Ce raisonnement de la Cour a été critiqué pour son manque de pertinence et de rigueur non seulement par la doctrine mais également par l'opinion dissidente d'un des juges de l'affaire. Ainsi un auteur explique : « *Que le concept de vie privée soit tellement large qu'il englobe tous les aspects de l'identité sociale est acceptable, mais ne suffit pas à démontrer que le refus d'attribuer une nationalité précise compromet la constitution et le développement de cette identité sociale. Est-ce véritablement la même chose du point de vue de la vie privée, de l'identité et des relations sociales de priver un individu de la nationalité avec laquelle il a vécu pendant de nombreuses années que de refuser à un individu l'accès à une nationalité qui ne lui sert a priori à rien ?* »²⁶.

33. L'opinion dissidente rappelait quant à elle que « *la Cour n'a pas défini ce qu'était l'identité sociale, et qu'elle ne dit pas comment la nationalité définit l'identité du requérant. Le concept de vie privée serait tellement énorme qu'il embrasserait tout, même des choses se rapportant au droit public. Le refus d'accorder la nationalité a toujours un impact d'une façon générale sur n'importe quelle personne, donc il ne peut être la seule raison de la violation de l'identité sociale. Dans ce cas particulier, l'intéressé n'a produit aucune preuve pour montrer comment cette privation de nationalité maltaise a affecté sa vie privée et a un impact sur son identité sociale. On présume que cet effet est pris pour acquis par la Cour (...) Or, nulle part lors de la procédure, il n'y a de preuves pour démontrer la façon dont le requérant était affecté de cette discrimination* »²⁷.

34. Il semble que dans les affaires plus récentes ayant trait à la nationalité, la Cour ait adopté une approche, à l'inverse, très rigoureuse sur l'appréciation de l'impact d'un refus d'accorder la nationalité sur la vie privée et familiale. En effet, dans l'affaire *Ramadan contre Malte*²⁸, la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention alors même que l'intéressé était probablement devenu apatride du fait de la déchéance de nationalité. Selon la Cour, cette situation d'apatridie ne l'empêchait pas d'avoir une vie familiale normale et de travailler. De même dans l'affaire *K2 contre Royaume-Uni*²⁹, la Cour observe que la femme et les enfants du

²⁴ *Genovese c. Malte*, préc. § 30, *Ramadan c. Malte*, préc. § 85-86.

²⁵ *Genovese c. Malte*, préc. § 33: « *However, as the Court has observed above, even in the absence of family life, the denial of citizenship may raise an issue under Article 8 because of its impact on the private life of an individual, which concept is wide enough to embrace aspects of a person's social identity. While the right to citizenship is not as such a Convention right and while its denial in the present case was not such as to give rise to a violation of Article 8, the Court considers that its impact on the applicant's social identity was such as to bring it within the general scope and ambit of that Article.* »

²⁶ F. Marchadier, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme - réflexions à partir de l'arrêt *Genovese C/ Malte* », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 69.

²⁷ Traduction libre de l'opinion dissidente du Juge Valenzia dans l'arrêt *Genovese*.

²⁸ *Ramadan c. Malte*, préc. § 89-92.

²⁹ *K2 c. Royaume-Uni*, préc. § 62.

requérant résidant au Soudan, État dont le requérant avait gardé la nationalité, il n'y avait pas d'atteinte à sa vie privée et familiale.

35. Dans la présente affaire, les requérants et leurs « pères commanditaires » résident tous en Israël. Les requérants ont tous deux la nationalité américaine et ont peut-être également la nationalité israélienne. Il se pourrait donc qu'ils aient déjà une double nationalité. Ainsi, le refus de l'État polonais d'accorder la nationalité polonaise aux requérants n'entraîne aucun risque d'apatridie. En outre, les requérants ne rapportent pas la preuve de l'impact effectif de la privation de la nationalité polonaise sur leur vie privée et sur leur identité sociale. Au surplus, les requérants ne sont pas empêchés de vivre une vie familiale normale.

36. Les requérants invoquent l'affaire *Menesson et Labassée contre France*, pour justifier selon eux une atteinte à leur droit au respect de la vie privée et familiale. Mais la situation des enfants issus des gestations par autrui dans les affaires précitées est différente de la situation actuelle. En effet, dans celles-ci, les enfants, élevés par un couple français, résidaient habituellement en France et ne pouvaient pas acquérir la nationalité française. Or, en l'espèce, les requérants ne résident pas en Pologne, mais vivent en Israël avec deux citoyens israéliens. Au surplus, si les requérants souhaitent vraiment acquérir un jour la nationalité polonaise, cela leur serait toujours possible. Il leur suffirait de résider de façon ininterrompue pendant trois ans sur le territoire polonais (art. 30.1.1 de la loi sur la nationalité polonaise).

CONCLUSION

37. En conséquence, le refus de l'État polonais d'accorder la nationalité polonaise aux requérants n'a pas d'impact sur la vie privée et familiale des requérants. Si une ingérence dans le droit garanti à l'article 8 de la Convention était retenue, elle serait pleinement justifiée par les motifs d'intérêt public énoncés précédemment.

38. Si toutefois la Cour concluait à une violation des articles 8 et ou 14, cela aurait de nombreuses conséquences néfastes, tant concernant la législation relative à la gestation par autrui que sur le droit de la nationalité.

39. Concernant le premier point, condamner la Pologne reviendrait *de facto* à faire accepter la gestation par autrui par le biais du « fait accompli ». En effet, si un État interdit cette pratique sur son territoire mais reconnaît sur son sol les effets d'un tel procédé pratiqué à l'étranger, l'interdiction est alors vidée de sa substance. En outre, seuls les couples les plus fortunés pourraient se payer le luxe d'aller à l'étranger « s'offrir » un enfant, ce qui reviendrait à favoriser une justice à deux niveaux : les riches se permettant d'outrepasser la loi et les pauvres se devant de la respecter.

La Cour encouragerait également le tourisme procréatif et ce, alors même que la vente et la traite d'enfants sont contraires aux droits de l'enfant. Au mépris de son rôle subsidiaire, la Cour, par une décision de condamnation, alignerait les législations les plus restrictives sur les plus libérales et ferait échec à la politique nationale de lutte contre la gestation par autrui. Dans un domaine aussi sensible, la Cour devrait au contraire soutenir cet effort.

40. Concernant le second point, si la Cour condamnait la Pologne pour son refus d'accorder la nationalité, et implicitement pour son refus de transcrire les actes de naissance des requérants,

elle contraindrait cet État à devoir choisir entre exécuter cet arrêt et abandonner les dispositions les plus essentielles de son ordre public en matière de droit de la famille.

41. Cela étant, le fait que les requérants n'aient pas épuisé les voies de recours internes devrait suffire à écarter le recours.