**Droit européen droit des l’homme**

**Travaux dirigés**

**Séance 1**

**Analyse guidée d’un arrêt** **de la Cour européenne des droits de l’homme**

Après une lecture attentive de l’arrêt, A.P., Garçon et Nicot c. France (Requêtes nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13) du 6 avril 2017 répondez aux questions suivantes en motivant votre réponse:

* Quels sont les faits qui ont donné lieu à la décision ?
* Quelles sont les parties ?
* Qui sont les victimes de la violation alléguée de la convention ? de quelle catégorie de victime d’agit-il ?
* Quelles sont les voies de recours internes qui ont été mises en œuvre par les requérants ?
* Quels sont les fondements de la requête ? de la décision ?
* Quelles sont les techniques d’interprétation de la Cour EDH mises en œuvre dans cet arrêt ?
* Quel contrôle (type de contrôle et étendue ) la Cour européenne exerce-t-elle (quelles sont les questions qu’elle se pose ?)
* Quelles réponses apporte-t-elle à ce contrôle ?
* Comment cet arrêt s’inscrit-il dans la jurisprudence européenne antérieure ?
* Quelle portée cet arrêt devrait-il avoir sur le droit français ?

**Droit européen des droits de l’homme**

**Travaux dirigés**

**Séance 2**

**Le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l’homme**

Après une lecture attentive des documents, établissez une note de synthèse (méthode jointe) présentant les techniques d’interprétation mises en oeuvre par la Cour européenne des droits de l’homme pour étendre le champ de la protection de la Convention

**Document 1**

La Semaine Juridique Edition Générale n° 28, 11 Juillet 2001, doctr. 335

**À PROPOS DU DYNAMISME INTERPRÉTATIF DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

**Etude par Frédéric SUDRE Professeur à l'Université Montpellier I, Chaire Jean-Monnet, Directeur de l'Institut de droit européen des droits de l'homme (IDEDH)**

- Et si le *développement des droits* par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) ne prenait pas appui sur l'évolution commune des droits internes ?

**-** Que le juge européen contribue de manière décisive au développement des droits inscrits dans la Convention du 4 novembre 1950, enrichissant leur contenu, élargissant leur portée, n'est pas contestable. Que les voies de son *dynamisme interprétatif* - nous entendons par là les techniques d'interprétation utilisées aux fins de développement des droits - soient bien identifiées est en revanche moins certain.

Selon une conception largement répandue dans la doctrine, ce développement des droits serait le résultat d'une interprétation "*évolutive* " de la Convention - celle-ci "est *un instrument vivant* " - dont l'arrêt *Guzzardi*, synthétisant des formulations utilisées antérieurement par les arrêts *Tyrer* ou *Marckx* Note 1, donne la méthode : "*la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques* " (*A. 39, § 95*). C'est dire que selon le juge européen lui-même, l'interprétation n'est évolutive que parce qu'elle est "*consensuelle* " et peut se réclamer d'une évolution commune des droits internes, qui vient légitimer la démarche progressiste du juge. Et la doctrine, généralement, de saluer le progrès de la garantie européenne des droits de l'homme comme étant accompli au titre d'une interprétation *évolutive et consensuelle* : "procédant à une interprétation évolutive, et donc extensive, de la Convention (...) , la Cour réalise de manière prétorienne l'adaptation de la Convention au changement social (...) . Pour ce faire, la Cour prend largement appui sur l'évolution convergente du droit interne de la majorité des États contractants".

 Osons dire aujourd'hui qu'une telle analyse relève d'une erreur de perspective Note 2 : le développement des droits protégés n'est pas le résultat d'une interprétation évolutive, au sens "consensuel" où l'entend le juge européen. Au risque de surprendre, voire de provoquer, nous croyons pouvoir affirmer Note 3 que le dynamisme interprétatif du juge européen ne recourt que pour une très faible part à des principes juridiques communs aux législations internes. La Cour européenne mobilise des techniques qui s'appuient "essentiellement sur le développement logique d'un concept, d'un droit ou d'un principe fondamental, qui est laissé à la discrétion du juge" Note 4. Pour s'en convaincre, il suffit de suivre la démarche même du juge européen qui, saisi d'un grief tiré de la violation de la Convention, se prononce successivement sur l'applicabilité de la norme conventionnelle puis sur l'application du droit dans les circonstances de la cause. Ce sont là les deux voies principales empruntées par le dynamisme interprétatif : l'élargissement de l'applicabilité du droit et l'extension du contenu du droit.

 **1 - L'élargissement de l'applicabilité du droit**

L'interprétation dynamique se situe prioritairement sur le terrain de la définition des "notions-clés" qui gouvernent l'applicabilité d'un droit (par exemple, "torture" ou traitements inhumains pour l'article 3, "droits et obligations de caractère civil" ou "accusation en matière pénale" pour l'article 6, "vie privée" ou "vie familiale" pour l'article 8) et se caractérise par l'acception généreuse desdites notions retenue par le juge européen.

 **1° Il apparaît que l'interprétation consensuelle et évolutive ne participe jamais à l'entreprise de définition conceptuelle qui fonde l'élargissement de l'applicabilité du droit et mobilise, principalement, deux techniques, celle de l'autonomie des concepts et celle du développement des concepts.** 5 - La technique des "notions autonomes" est suffisamment connue pour que l'on se contente de rappeler que, utilisée prioritairement sur le terrain du droit à un procès équitable, elle a permis d'étendre substantiellement le champ d'application de l'article 6, emportant la soumission de contentieux inédits aux exigences du procès équitable, des pénalités fiscales à diverses sanctions administratives, du contentieux disciplinaire devant les juridictions ordinales à de nombreux contentieux classiquement de droit public. Pour opérer cette réduction des zones d'inapplicabilité de l'article 6, garante de l'effectivité du droit à un procès équitable, le juge européen n'a pas hésité en l'absence d'un "dénominateur commun qui permette de dégager en la matière une notion européenne uniforme" Note 5, à recourir à une interprétation proprement "autonome" pour qualifier de "civil" le droit en cause ou de "pénale" la sanction incriminée. Il est significatif qu'une telle interprétation extensive de l'article 6 ait été dénoncée au sein même de la Cour comme se situant "au-delà" des limites d'une interprétation évolutive.6 - Le juge européen a, de plus, favorisé le développement de certains concepts, qu'il enrichit d'une signification nouvelle, afin d'élargir l'applicabilité du droit. Le rayonnement du concept en cause induit alors l'extension du champ d'application du droit. L'exemple du droit au respect de la vie privée et familiale est particulièrement frappant. L'élargissement (la dilution ?) du concept de "vie privée" - de la "vie privée personnelle" incluant la vie sexuelle Note 6 à la "vie privée sociale" couvrant la sphère fort large des relations avec autrui, et notamment des relations professionnelles Note 7 - procède du seul choix du juge qui obéit, nous semble t-il, au souci exclusif de donner un sens utile à ladite notion. Nul recours dans cette extension du champ d'application de la vie privée à des principes juridiques communs ou à la nécessité d'interpréter la Convention "à la lumière des conditions d'aujourd'hui" : le juge européen procède par simple affirmation. Ainsi, dans l'arrêt *Niemetz* (*préc*. *note [7]*), la Cour se borne à énoncer que la notion de "vie privée" englobe aussi "*le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* " ( *§ 29*) Note 8.7 - Il en va de même pour la notion de"vie familiale" et c'est sans doute aller à contre-courant que de dire que l'interprétation évolutive-consensuelle n'a pas eu sa place dans le développement de la notion de vie familiale et dans la reconnaissance du droit à la vie familiale de la "famille naturelle" Note 9, de l'enfant adultérin Note 10 ou de la famille formée d'un transsexuel Note 11. La démarche de la Cour est fixée dès le fameux arrêt *Marckx* : pour établir l'applicabilité de l'article 8, la Cour, sans se référer à une quelconque évolution des droits internes pour définir la "vie familiale", se contente d'affirmer que "*l'article 8 ne distingue pas entre famille "légitime" et famille "naturelle"* " et que "*l'article 8 vaut donc pour la "vie familiale" de la famille "naturelle" comme de la famille "légitime* " *" (§ 31*) ; ce n'est que lorsqu'elle s'interroge ensuite sur l'existence d'une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14, tenant au mode d'établissement de la filiation maternelle, que la Cour procède à une interprétation évolutive et consensuelle ( *§ 41*). Récemment encore, la Cour procède de manière identique pour étendre la protection de la "vie privée et familiale" au droit des membres d'une minorité d'avoir un mode de vie traditionnel : là encore, l'appel aux principes communs n'a lieu que pour le contrôle de la nécessité de l'ingérence dans le droit garanti Note 12

**2° Le développement des "notions-clés" témoigne d'un incontestable progrès normatif mais aussi d'une démarche discrétionnaire du juge.** 8 - Ce progrès normatif, qui se traduit par une extension sensible du champ d'application du droit invoqué et, partant, par le renforcement de la protection de ce droit, ne va pas, néanmoins, sans susciter un certain malaise tant il est évident que le dynamisme interprétatif du juge européen masque une définition éminemment discrétionnaire des limites de l'applicabilité du droit en cause. Deux exemples permettent de s'en convaincre.9 - Sur le terrain de l'article 6, la distinction entre *le jus imperii* et le *jus gestionis* sur laquelle paraît s'appuyer le juge européen pour exclure de la garantie du procès équitable certaines procédures "de nature administrative et discrétionnaire" - telles les procédures relatives aux taxations fiscales, à l'octroi de l'asile politique ou à l'expulsion des étrangers ou aux litiges opposant à leur administration des fonctionnaires participant à l'exercice de la puissance publique Note 13 - n'est guère justifiée au regard de la finalité de l'article 6 qui est, nous semble t-il, de faire bénéficier tout justiciable de la garantie d'équité. Sur le terrain de l'article 8, d'un coté, le juge européen, usant de la technique de "la protection par ricochet", fait pénétrer le droit de vivre dans un environnement sain dans le champ de l'article 8, énonçant *ex abrupto* qu'"*il va pourtant de soi que des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale* " Note 14 ; dans le même esprit, la Cour inclura la protection de la santé dans le champ de la vie privée et familiale Note 15. À l'inverse, le juge européen refuse de faire produire à la notion moderne de "vie privée" tous ses effets et d'intégrer le droit pour un handicapé d'avoir des relations de nature récréative avec ses semblables dans le droit au respect de la "vie privée sociale" Note 16. Où est la logique d'une telle jurisprudence ?10 - Attribuer, ou refuser, le caractère "civil" à un droit manifestement inscrit dans le domaine du droit public interne, incorporer la protection de l'environnement mais non le droit des handicapés dans la notion de "vie privée et familiale", ne relèvent ni d'une interprétation "ordinaire" de la Convention ni d'une interprétation consensuelle et évolutive. Pratiquée comme technique de définition conceptuelle aux fins d'applicabilité des droits garantis l'interprétation dynamique est une interprétation proprement "constructive".11 - L'examen du deuxième axe de développement des droits ne conduit pas à une appréciation sensiblement différente.

 **2 - L'extension du contenu du droit garanti**

Si l'on en vient à l'application du droit garanti et au contrôle par la Cour européenne des conditions d'exercice du droit, il apparaît que cette dernière utilise son pouvoir de contrôle pour entendre largement le contenu des droits inscrits dans la Convention et étendre leur portée, n'hésitant pas, selon les cas, à "reconstruire" le droit et à redéfinir les obligations des États en mettant à la charge de ceux-ci l'obligation de prendre des mesures positives afin d'assurer l'exercice effectif du droit garanti par la Convention. Trois propositions peuvent être ici avancées.

**1° C'est par le recours en priorité à la théorie des "éléments nécessairement inhérents à un droit" que le juge européen enrichit sensiblement le contenu du droit dont il contrôle l'application et procède à la détermination d'obligations positives, substantielles ou procédurales, à la charge des États.** 13 - Le droit à un procès équitable est ainsi "reconstruit" par le juge européen en trois volets : au volet central des garanties procédurales *stricto sensu*, figurant dans le texte de l'article 6, sont ajoutés deux droits "matériels",le droit d'accès à un tribunal, d'une part et, d'autre part, le droit à l'exécution des décisions de justice. Ainsi, dans sa décision *Golder*, du 21 février 1975 (*A. 18 ; GA n° 6*), la Cour, après avoir noté que "la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux" ( *§ 34*), juge que "*le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6, § 1* " ( *§ 36*) . Par un raisonnement similaire, fondé sur l'"inhérence", la Cour européenne, dans son arrêt *Hornsby contre Grèce* du 19 mars 1997, juge que "*l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6* " ( *§ 40 ; JCP G 1997, II, 22949, note O. Dugrip et F. Sudre*). Il s'agit de donner au "droit à un tribunal" sa pleine effectivité. Participe de la même démarche la mise à jour de garanties implicites de l'équité procédurale, au premier rang desquelles le principe de l'égalité des armes Note 17 mais aussi l'obligation d'une motivation appropriée des décisions de justice Note 18 ou le droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination Note 19.14 - En affirmant que telle garantie nouvelle est "inhérente" au droit protégé, c'est-à-dire consubstantielle à ce dernier parce que nécessaire à son effectivité, la Cour entend faire savoir qu'elle ne procède pas à une interprétation extensive de la Convention "*de nature à imposer aux États contractants de nouvelles obligations* " (*Golder, préc., § 76*) mais qu'elle se limite à contrôler le développement logique d'un droit inscrit dans la Convention, afin d'en assurer le caractère concret. La théorie de l'inhérence vise à prémunir la Cour de l'éventuelle accusation de "gouvernement des juges" mais elle ne saurait masquer que la découverte des éléments "inhérents" au droit relève de la seule autorité du juge.15 - La même remarque vaut pour la mise à jour des obligations positives, qui se rattache également, en substance, à la théorie de l'"inhérence". La détermination de l'obligation positive substantielle passe en effet par la simple affirmation que cette obligation est inhérente au droit conventionnel. Soit que l'obligation est dite inhérente au droit précisément en cause, ainsi de l'article 8, à propos duquel la Cour affirme qu'à l'obligation de ne pas porter atteinte au droit garanti "*peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale* " (*Marckx, préc., § 31*). Soit qu'elle est dite inhérente à l'engagement général qu'ont les États, au titre de l'article 1 de la CEDH, de reconnaître "*à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés* " consacrés par la Convention en général, ainsi pour l'article 6 et l'obligation positive qu'a l'État d'organiser son système judiciaire de telle sorte que ses juridictions puissent remplir chacune des exigences de l'article 6 Note 20.16 - Constatons que la Cour européenne réalise une généralisation progressive des obligations positives substantielles dans le champ de la CEDH - du droit au respect de la vie privée et familiale Note 21 au droit à la liberté d'expression Note 22, en passant par le droit à la vie Note 23 - qui emporte, à l'évidence, un enrichissement significatif du contenu du droit (dont a tout particulièrement bénéficié le droit au respect de la vie privée et familiale) et un renforcement de sa portée protectrice, susceptible, de surcroît, de jouer dans les rapports interindividuels. Mais, quel que soit le droit en cause, on cherchera vainement Note 24 la trace d'une référence à un "dénominateur commun" aux droits internes des États membres ou à la nécessité d'une interprétation évolutive dans la détermination par le juge européen des obligations positives substantielles.17 - Le juge européen a également "découvert" des obligations procédurales au sein de droits matériels - droit à la vie, interdiction de la torture, liberté d'expression -, réalisant un dédoublement de l'obligation qui pèse sur l'État : obligation substantielle (obligation négative de ne pas faire et, bien souvent, obligation positive d'agir) de respecter le droit et obligation procédurale de procéder à une enquête officielle, approfondie et effective en vue de l'identification et de la punition des responsables en cas de recours à la force par les agents de l'État ayant entraîné mort d'hommes (*art. 2*) Note 25, d'allégation défendable de traitements contraires à l'article 3 commis par des agents de l'État (*art. 3*) Note 26 ou lorsque des actes de violence répétés ont été commis à l'encontre d'un journal Note 27. La théorie des "éléments nécessairement inhérents au droit" pèse encore ici de tout son poids et l'obligation procédurale est soit déduite par le juge européen de l'article 1er de la Convention (*art. 2 ; art. 3*) soit considérée comme "inhérente" à la disposition en cause (*art. 10*).

**2° L'interprétation "consensuelle" sert plutôt à réfréner une évolution du droit et est l'alibi commode d'un attentisme prudent, permettant au juge européen de refuser de mettre à la charge de l'État une obligation positive qui aurait pour effet d'étendre le contenu du droit protégé.** 18 - Ce n'est qu'à titre très exceptionnel que le juge européen utilise l'interprétation consensuelle-évolutive pour enrichir le contenu d'un droit. La décision *Sigurour A. Sirgurjonsson* (*30 juin 1993 : A. 264 ; GA n° 48*) fournit, à propos du droit à la liberté d'association, l'un des très rares exemples, voire le seul, d'une telle utilisation. S'appuyant sur la convergence des systèmes internes, du droit international (*DUDH, pratique du BIT*) et du droit européen et communautaire (*CSE ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, art. 20*), le juge européen relève "un degré croissant de consensus" en la matière et estime qu'une interprétation évolutive conduit à considérer que "l'article 11 consacre un droit d'association négatif" ( *§ 36*).19 - En règle générale, le juge européen se retranche quasi-systématiquement Note 28 derrière l'absence de principes communs aux droits internes et la diversité des solutions nationales pour refuser de dégager par le moyen d'une interprétation évolutive une obligation positive : par exemple, obligation de mettre en place un mode de document indiquant et prouvant la nouvelle identité sexuelle d'un transsexuel Note 29, d'accepter le regroupement familial d'étrangers sur son territoire Note 30, d'autoriser un changement de nom patronymique Note 31, d'accorder des droits parentaux aux transsexuels Note 32 ou encore de fournir à une famille tsigane un emplacement approprié pour y installer une caravane Note 33.20 - Force est ici de souligner que l'indétermination du "dénominateur commun", et de son sens - qualitatif ou quantitatif-, laisse au juge européen toute discrétion pour mettre à jour, ou non, l'existence d'un "consensus" européen. On évoquera l'arrêt *Sheffield et Horsham*, du 30 juillet 1998 (*RTDH 1999, p. 637, note M. Levinet*), où la Cour persiste, vingt deux ans après l'arrêt *Rees* (*préc. note [29]*), à constater l'absence d'"une quelconque démarche européenne commune en (la) matière" de transsexualisme ( *§ 57*) ; ce n'est guère convaincant au vu de l'évolution suivie, depuis 1986, tant par les droits internes que par le droit européen Note 34 et communautaire Note 35.

**3° L'interprétation consensuelle-évolutive est principalement utilisée par le juge européen pour contrôler la justification au regard de la Convention des ingérences dans les droits garantis et elle est un élément essentiel de la variation des limites du pouvoir discrétionnaire reconnu aux États dans la mise en œuvre des restrictions aux droits.** 21 - Comme l'énonce l'arrêt *Rasmussen*, du 28 novembre 1984, "*la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à (l') égard de l'étendue de la marge d'appréciation* " (*A. 87, § 40*). La marge d'appréciation de l'État sera accrue par l'absence de communauté de vues des États contractants, ainsi en matière du droit au mariage des transsexuels Note 36 ou de la protection des convictions religieuses contre le blasphème Note 37. Elle sera, inversement, d'autant plus réduite qu'il y a convergence des droits nationaux des États membres , ainsi en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes Note 38 ou entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage Note 39 ou encore à propos de la protection des sources journalistiques Note 40. Ce n'est que dans cette deuxième hypothèse que l'interprétation consensuelle est aussi "évolutive" et "progressiste" car elle joue alors dans le sens d'une limitation du pouvoir discrétionnaire de l'État et, partant, d'un renforcement de la protection des droits garantis.22 - Au bout du compte, la recherche de principes communs aux droits internes par le jeu de l'interprétation consensuelle permet tout autant de protéger la marge d'appréciation des États que de la réduire. Parce que "consensuelle" l'interprétation évolutive est en réalité une interprétation "passive" qui permet à la Cour de "constater l'ordre juridique commun" quand il existe Note 41 et qui, pour cette raison, participe faiblement du "dynamisme interprétatif".23 - **Conclusion** - Le développement des droits inscrits dans la Convention passe, pour l'essentiel, par d'autres voies que celle d'une interprétation abusivement dite "évolutive" et tient à une interprétation réellement "dynamique" - que l'on peut qualifier de "constructive" - où le juge européen tient un rôle actif dans la construction d'un ordre juridique commun. Bien souvent le développement qualitatif des normes débouche,*de facto*, sur un élargissement quantitatif du catalogue des droits de l'homme - du droit à l'exécution des décisions de justice au droit de vivre dans un environnement sain-, et il ne nous semble pas alors excessif de relever que la Cour s'est aventurée sur le terrain de la politique législative.24 - Dès lors que le dynamisme interprétatif du juge européen ne prend pas appui, du moins formellement, sur la convergence des droits internes, on est conduit nécessairement à s'interroger sur l'autorité de la jurisprudence européenne. La légitimité de la démarche du juge européen ne nous semble pas contestable, elle trouve son fondement à la fois dans l'article 32 de la Convention, par lequel les États ont fait de la Cour le seul interprète autorisé de la Convention et dans le Préambule de la Convention (*al. 3*), qui appelle au "*développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ". Or, l'interprétation dynamique est toute entière tendue vers l'effectivité des droits consacrés par la Convention - il s'agit de "*protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs* " Note 42 - et si le juge européen prend quelques libertés avec le texte et le "sens ordinaire" des mots c'est pour la protection du "bien commun" que sont les droits et libertés individuels. Il reste que la motivation des arrêts de la Cour mériterait, sans conteste, d'être mieux étayée pour être pleinement convaincante.Plus délicate est, sans doute, la question de la prévisibilité d'une jurisprudence qui obéit au pouvoir discrétionnaire du juge et dont la stabilité et la cohérence doivent être assurées afin de concilier développement des droits et sécurité juridique. Il y va, à l'évidence, de l'autorité de l'interprétation délivrée par le juge européen.

Note 1 Tyrer, 25 avr. 1978 : A. 26, in F. Sudre, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF, coll "Que sais-je ?", 1997, n° 12 , § 31 (cité par la suite GA n°) : "la Convention est un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles. Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine" (aussi, Marckx, 13 juin 1979 : A. 31 ; GA n° 16, § 41).

Note 2 La précédente citation est extraite de notre ouvrage Droit international et européen des droits de l'homme, PUF, coll. Droit fondamental, 4e éd., 1999, n° 246. J.-F. Renucci reproduit cette analyse (Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 2001, 2e éd., n° 28).

Note 3 En nous fondant principalement sur la jurisprudence européenne relative aux articles 6 et 8 de la CEDH. Pour une étude plus développée, voir notre communication : Le progrès des normes, entre dynamisme interprétatif et exigence d'amendement de la Convention, au colloque de Caen : L'avenir de la CEDH (22-23 mars 2001), à paraître.

Note 4 P. Rolland, Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme, in D. Rousseau et F. Sudre (dir), Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, STH, 1990, p. 71.

Note 5 V. Feldbrugge, 29 mai 1986 (A. 99, § 29), à propos du droit "civil" à une prestation d'assurance maladie, et l'opinion dissidente commune à sept juges.

Note 6 Dudgeon, 22 oct. 1981 : A. 45 ; GA n° 19 ; X et Y c/ Pays-Bas, 26 mars 1985 : A. 91 ; GA n° 23.

Note 7 Niemetz, 16 déc. 1992 : A. 251-B ; GA n° 45.

Note 8 V. aussi, X et Y c/ Pays-Bas (préc., § 22).

Note 9 Marckx, 13 juin 1979 : A. 31, § 31 ; GA n° 16.

Note 10 Johnston, 18 déc. 1986 : A. 112 ; GA n° 27, § 72.

Note 11 X, Y et Z c/ Royaume-Uni, 22 avr. 1997 : Rec. 1997, p.619 ; D. 1997, p. 582, note S. Grataloup.

Note 12 Chapman, 18 janv. 2001, Grande Chambre (§ 73 et § 93 et s.).

Note 13 V. notre ouvrage, préc., 5e éd., 2001, n° 148.

Note 14 Lopez Ostra , 9 déc. 1994 : A. 303-C, § 51.

Note 15 Mc Ginley et Egan, 9 juin 1998 : Rec. 1998-III.

Note 16 Botta, 24 févr. 1998 : RTDH 1999, p. 600, note B. Maurer.

Note 17 Delcourt c/Belgique, 17 janv. 1970 : A. 11 ; GA n° 4, § 28.

Note 18 Ruiz Torija et Hiro Balani c/ Espagne, 9 déc. 1994 : JCP G 1995, I, 3823, n° 19, chron. F. Sudre.

Note 19 Funke c/France, 25 févr. 1993 : A. 256-A ; - Murray c/Royaume-Uni, 8 févr. 1996 : Rec. 1996, p. 30 ; GA n° 57.

Note 20 Obligation de "délai raisonnable" de la procédure (Guincho, 10 juill. 1984 : A. 81, § 38) ; obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice (Airey c/Irlande, 9 oct. 1979 : A. 32 ; GA n° 17, § 25-26) ; obligation d'assurer au prévenu une défense effective (Artico c/ Italie, 13 mai1980 : A. 37 ; - Barbera, Messeguè et Jabardo, 6 déc. 1988 : A. 146, § 78).

Note 21 Marckx, 13 juin 1979, préc. [note 9].

Note 22 Fuentes Bobo, 29 févr. 2000.

Note 23 L.C.B c/ Royaume-Uni, 9 juin 1998 : Rec. 1998-III, § 36 ; - Osman, 28 oct. 1998 : Rec. 1998-VIII, § 115.

Note 24 Exception faite de l'arrêt Chapman (18 janv. 2001, infra), mais la Cour, après avoir constaté l'existence d'un "consensus" le juge insuffisamment concret pour imposer une obligation positive à l'État partie.

Note 25 Mc Cann , 27 sept. 1995 : A. 324 ; GA, n° 55, § 161.

Note 26 Assenov, 28 oct. 1998 : Rec. 1998-VIII, § 102 ; - Selmouni, 28 juill. 1999, § 79 ; JCP G 1999, II, 10193, note F. Sudre.

Note 27 Ozgür Gundem, 16 mars 2000 (§ 42-43).

Note 28 On peut, au moins, évoquer deux exceptions de refus "sec" de mise à jour d'une obligation positive : refus de dégager de l'article 8 une obligation d'adopter des mesures autorisant le divorce et le remariage (Johnston, préc., § 57) ; refus de dégager de l'article 10 une obligation positive de collecte et de diffusion d'informations sur des risques graves de pollution (Guerra, 19 févr. 1998, § 53 : RTDH 1998, p. 808.)

Note 29 Rees, 17 oct. 1986 : A. 106 ; GA n° 26, § 47.

Note 30 Abdulaziz, Balkandales, Cabandali, 28 mai1985 : A. 94 ; GA n° 24, § 67.

Note 31 Stjerna, 25 nov. 1994 : A. 299-B.

Note 32 X, Y, Z, 22 avr. 1997, préc. [note 11].

Note 33 Chapman, 18 janv. 2001, préc. [note 12].

Note 34 Recommandation 1117 de l'Assemblée du Conseil de l'Europe.

Note 35 CJCE, 30 avr. 1996, P c/ S et Cornwall County Council, aff. C-13/94 : Rec. CJCE I, p. 2159.

Note 36 Cossey, 27 sept. 1990 : A. 184, § 46.

Note 37 Wingrove, 25 nov. 1996 : Rec. 1996, p. 1937, § 57

Note 38 Abdulaziz, Balkandales, Cabandali, préc. [note 30] ; - Burghartz, 22 févr. 1994 : A. 280-B, § 27.

Note 39 Marckx, préc., § 41et 58 ; en dernier lieu, Mazurek, 1er févr. 2000, § 49 (V. JCP G 2000, II, 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre).

Note 40 Goodwin, 27 mars 1996 : Rec. 1996, p. 483, § 39.

Note 41 P. Rolland, op. cit. [note 4], spéc. p. 286.

Note 42 Airey, 9 oct. 1979 : A. 18 ; GA n° 17, § 24.

**Document n°2**

***Marckxc/ Belgique*, no 6833/74, 13 juin 1979**

**31.** En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l’article 8 présuppose l’existence d’une famille. La Cour marque son plein accord avec la jurisprudence constante de la Commission sur un point capital : l’article 8 ne distingue pas entre famille « légitime » et famille « naturelle ». Pareille distinction se heurterait aux mots « toute personne » ; l’article 14 le confirme en prohibant, dans la jouissance des droits et libertés consacrés par la Convention, les discriminations fondées sur « la naissance ». […]. L’article 8 vaut donc pour la « vie familiale » de la famille « naturelle » comme de la famille « légitime ». D’autre part, il n’est pas contesté que Paula Marckx a pris en charge sa fille Alexandra dès sa naissance et n’a cessé de s’en occuper, de sorte qu’il a existé et existe entre elles une vie familiale effective. En proclamant par son § 1 le droit au respect de la vie familiale, l’article 8 signifie d’abord que l’État ne peut s’immiscer dans l’exercice de ce droit, sauf dans sous strictes conditions énoncées au § 2. Ainsi que la Cour l’a relevé en l’affaire « linguistique belge », il a « essentiellement » pour objet de prémunir l’individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics […]. Il ne se contente pourtant pas d’astreindre l’État à s’abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s’ajouter des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. […] Tel que le conçoit l’article 8, le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l’existence en droit national d’une protection juridique rendant possible dès la naissance l’intégration de l’enfant dans sa famille. […].

**34.** En agissant de manière à permettre le développement normal de la vie familiale d’une mère célibataire et de son enfant […], l’État doit se garder de toute discrimination fondée sur la naissance : ainsi le veut l’article 14 combiné avec l’article 8. […].

**40.** [La Cour] ne peut pas ne pas être frappée par un phénomène : le droit interne de la grande majorité des États membres du Conseil de l’Europe a évolué et continue d’évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents, vers la consécration juridique de l’adage « mater semper certa est ».

**45.** Aux yeux de la Cour, la « vie familiale » au sens de l’article 8 englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants. Le « respect » de la vie familiale ainsi entendu implique, pour l’État, l’obligation d’agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports […].

**52.** Le domaine des successions – et des libéralités – entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale.

**53.** L’article 8 (art. 8) n’exige pas pour autant qu’un enfant ait droit à une certaine part de la succession de ses auteurs, voire d’autres proches parents : en matière patrimoniale aussi, il laisse en principe aux États contractants le choix des moyens destinés à permettre à chacun de mener une vie familiale normale (§ 31 ci‑dessus) et pareil droit n’est pas indispensable à la poursuite de celle‑ci.

**54.** La distinction établie à ces deux égards entre enfants « naturels » et enfants « légitimes » pose en revanche un problème sur le terrain des articles 14 et 8 combinés.

**59**. En résumé, Alexandra Marckx a été victime d’une violation de l’article 14, combiné avec l’article 8 (art. 14+8), du fait tant des restrictions à sa capacité de recevoir des biens de sa mère que de son absence complète de vocation successorale à l’égard de ses proches parents du côté maternel.

**Document n°3**

**Siliadin c. France, no 73316/01, 26 juillet 2005**

I. Quant à l’applicabilité de l’article 4 et aux obligations positives : […] 82. La Cour estime qu’avec les articles 2 et 3, l’article 4 de la Convention consacre l’une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l’Europe. […] 89. Dans ces conditions, la Cour estime que limiter le respect de l’article 4 de la Convention aux seuls agissements directs des autorités de l’État irait à l’encontre des instruments internationaux spécifiquement consacrés à ce problème et reviendrait à vider celui-ci de sa substance. Dès lors, il découle nécessairement de cette disposition des obligations positives pour les gouvernements, au même titre que pour l’article 3 par exemple, d’adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent les pratiques visées par l’article 4 et de les appliquer en pratique […]. II. Quant à la violation de l’article 4 de la Convention : […] 112. La Cour rappelle que l’article 4 consacre l’une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Le premier paragraphe de cet article ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles nos 1 et 4, et d’après l’article 15, § 2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de guerre ou d’autre danger public menaçant la vie de la nation […].Dans ces conditions, la Cour estime que, conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les États membres en vertu de l’article 4 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situation […]. 116. (La Cour) a considéré qu’il existe en effet une analogie frappante, et qui n’est pas fortuite, entre le § 3 de l’article 4 de la Convention européenne et le § 2 de l’article 2 de la Convention no 29. Or le paragraphe 1 du même article précise qu’« aux fins » de cette dernière, l’expression « travail forcé ou obligatoire » désigne « tout travail ou service exigé d’un individu sous la menace d’une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s’est pas offert de son plein gré ». 117. Reste à savoir s’il y a eu travail « forcé ou obligatoire ». Cela évoque l’idée d’une contrainte, physique ou morale. Il doit s’agir d’un travail « exigé […] sous la menace d’une peine quelconque » et, de plus, contraire à la volonté de l’intéressé, pour lequel celui-ci « ne s’est pas offert de son plein gré » […]. 118. La Cour note qu’en l’espèce, si la requérante n’était pas sous la menace d’une « peine », il n’en demeure pas moins qu’elle était dans une situation équivalente quant à la gravité de la menace qu’elle pouvait ressentir. En effet, adolescente, dans un pays qui lui était étranger, elle était en situation irrégulière sur le territoire français et craignait d’être arrêtée par la police. Les époux B… entretenaient d’ailleurs cette crainte et lui faisaient espérer une régularisation de sa situation […]. Dès lors, la Cour considère que la première condition est remplie, d’autant plus que, la Cour y insiste, la requérante était mineure. 119. Quant au fait de savoir si elle a accompli ce travail de son plein gré, il ressort clairement des faits établis qu’il ne saurait sérieusement être soutenu que tel était le cas. Il est au contraire flagrant qu’aucun autre choix ne lui était offert. 120. Dans ces conditions, la Cour estime que la requérante a, au minimum, été soumise à un travail forcé au sens de l’article 4 de la Convention alors qu’elle était mineure. 121. Reste à déterminer si la requérante a été en outre maintenue dans un état de servitude ou d’esclavage. Il importe de ne perdre de vue ni les caractères particuliers de la Convention, ni le fait que celle-ci est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, et que le niveau d’exigence croissant en matière de protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement une plus grande fermeté dans l’appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques […]. 122. La Cour relève d’emblée que selon la Convention relative à l’esclavage de 1927, « l’esclavage est l’état ou la condition d’un individu sur lequel s’exercent les attributs du droit de propriété ou certains d’entre eux ». Elle note que cette définition correspond au sens « classique » de l’esclavage, tel qu’il a été pratiqué pendant des siècles. Bien que la requérante ait été, dans le cas d’espèce, clairement privée de son libre arbitre, il ne ressort pas du dossier qu’elle ait été tenue en esclavage au sens propre, c’est-à-dire que les époux B… aient exercé sur elle, juridiquement, un véritable droit de propriété, la réduisant à l’état d’« objet ». 123. En ce qui concerne la notion de « servitude », elle « prohibe une forme de négation de la liberté, particulièrement grave » […]. Elle englobe, « en plus de l’obligation de fournir à autrui certains services […] l’obligation pour le “serf” de vivre sur la propriété d’autrui et l’impossibilité de changer sa condition » […]. 124. Il en résulte, au vu de la jurisprudence existante sur la question, que la « servitude » telle qu’entendue par la Convention s’analyse en une obligation de prêter ses services sous l’empire de la contrainte et qu’elle est à mettre en lien avec la notion d’« esclavage » qui la précède […]. 126. En sus du fait que la requérante a été astreinte à un travail forcé, la Cour relève que ce travail s’effectuait sept jours sur sept et environ quinze heures par jour. Amenée en France par une relation de son père, elle n’avait pas choisi de travailler chez les époux B… Mineure, elle était sans ressources, vulnérable et isolée, et n’avait aucun moyen de vivre ailleurs que chez les époux B… où elle partageait la chambre des enfants, aucune autre forme d’hébergement ne lui ayant été proposée. Elle était entièrement à la merci des époux B… puisque ses papiers lui avaient été confisqués et qu’il lui avait été promis que sa situation serait régularisée, ce qui ne fut jamais fait. 127. De plus, la requérante, qui craignait d’être arrêtée par la police, n’était en tout état de cause autorisée à sortir que pour accompagner les enfants en classe et à leurs différentes activités. Elle ne disposait donc d’aucune liberté de mouvement et d’aucun temps libre. 128. N’ayant par ailleurs pas été scolarisée malgré ce qui avait été promis à son père, la requérante ne pouvait espérer voir sa situation évoluer et était entièrement dépendante des époux B… 129. La Cour conclut de ce qui précède que la requérante, mineure à l’époque des faits, a été tenue en état de servitude au sens de l’article 4 de la Convention.

**Document n°4**

**D. et al. c/ Turquie 22 juin 2006, n° 24245/03**

45.  L’interdiction énoncée à l’article 3 est tout aussi absolue en matière d’expulsion. La Cour se doit d’insister tout particulièrement sur le fait que le recours à des formes de peines, y compris les châtiments judiciaires corporels, contraires à cette disposition n’est aucunement admissible. Ainsi, chaque fois qu’il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu’une personne courra, dans le pays de destination, un risque réel d’être soumise à un tel traitement, la responsabilité de l’Etat contractant est engagée en cas d’expulsion (voir, mutatis mutandis, Müslim, précité, § 66, Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 30 octobre 1991, série A no 215, p. 34, § 103, Chahal c. Royaume-Uni, arrêt du 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, p. 1855, § 80, et Tyrer c. Royaume-Uni, arrêt du 25 avril 1978, série A no 26, pp. 15-16, § 31 et 33).

46.  En l’espèce, la Cour a pris note des arguments des parties ainsi que de l’ensemble des informations disponibles quant à la situation de droit en Iran (paragraphes 30-33 ci-dessus). En se référant par priorité aux circonstances dont les autorités turques avaient ou devaient avoir connaissance au moment de leur saisine par les requérants, elle observe qu’en Iran, les peines corporelles étaient institutionnalisées en ce qui concerne certaines catégories de délits considérés comme immoraux, tels que l’adultère ou la fornication : pareils châtiments étaient prévus par la loi, prescrits par les organes judiciaires et infligés par les agents de l’État.

Par rapport au moment où elle se livre elle-même à l’examen de la cause (Chahal, précité, p. 1856, § 86), la Cour n’est pas persuadée que la situation dans ce pays puisse avoir changé entre-temps.

47.  Ainsi considéré, le cas d’espèce est comparable à l’affaire Jabari c. Turquie, où il s’imposait de vérifier si les autorités turques s’étaient livrées à une évaluation sérieuse du caractère « défendable » de l’allégation de Mme Jabari, qui soutenait avoir dû quitter l’Iran avant que des poursuites pénales ne soient intentées à son encontre pour adultère, infraction passible d’une peine de flagellation (arrêt précité, §§ 18 et 34).

Cependant, la situation de P.S. se distingue nettement de celle de Mme Jabari, dans la mesure où elle ne dénonce pas le risque de se voir infliger un châtiment corporel, mais celui d’exécution, imminent et certain, de la peine de cent coups de fouets, à laquelle elle a été bel et bien condamnée pour fornication (paragraphe 14 ci-dessus).

48.  Le Gouvernement n’a d’ailleurs pas cherché à contester ce point, ni à remettre en cause l’authenticité du jugement relatif à cette condamnation, document qui, du reste, était connu des autorités concernées depuis longtemps.

Ainsi, de l’avis de la Cour, plutôt que de savoir si les autorités turques ont évalué tous les tenants et aboutissants de l’affaire de la requérante avec la diligence requise en la matière (voir, par exemple, Jabari, précité, § 39), il s’agit simplement d’examiner, en l’espèce, si celles-ci ont dûment pris compte de la nature de la peine en question.

49.  Comme la Cour l’a déjà énoncé, un châtiment corporel peut se révéler incompatible avec la dignité et l’intégrité physique de la personne, notions protégées par l’article 3 de la Convention. Pour qu’une peine soit « dégradante » et enfreigne cette disposition, l’humiliation ou l’avilissement dont elle s’accompagne, doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l’élément habituel d’humiliation inhérent à chaque peine. En interdisant expressément les peines « inhumaines » et « dégradantes », l’article 3 implique du reste qu’elles ne se confondent pas avec les peines en général.

L’appréciation de ce minimum de gravité dépend de l’ensemble des données de la cause. Il faut prendre en compte des facteurs tels que la nature et le contexte de la peine, ses modalités d’exécution, sa durée, ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, le sexe, l’âge et l’état de santé de la victime (voir Costello-Roberts c. Royaume-Uni, arrêt du 25 mars 1993, série A no 247‑C, p. 59, § 30, et les références qui y sont faites).

50.  A ce sujet, la Cour renvoie aux informations non contestées, quant aux modalités d’exécution des peines de flagellation en Iran (paragraphes 31 et 32 ci-dessus). Qu’il soit permis qu’un être humain puisse, dans ces conditions, se livrer à une telle violence physique sur l’un de ses semblables, et ce de surcroît, publiquement, suffit pour qualifier la peine de la requérante d’« inhumaine » en soi.

Certes, le droit iranien offre certaines garanties et, dans une certaine mesure, la requérante en a d’ailleurs bénéficié: l’exécution de sa peine à été reportée plusieurs fois, lorsqu’elle était enceinte, et il a été finalement décidé que, conformément à l’avis de l’Institut médico-légal, la flagellation ait lieu en deux séances, à raison de cinquante coups par séance (paragraphe 14 ci-dessus).

Pareille atténuation ne saurait nullement ôter à la peine prévue son caractère « inhumain ».

51.   Cependant, le Gouvernement, à l’instar de HCR, affirme qu’en vertu de l’article 94 du CPI, la peine de P.S. aurait été atténuée davantage pour des motifs de santé, au point d’être désormais une sanction « symbolique ».

Or, cette assertion n’est pas pertinente, d’abord, parce qu’elle ne se repose sur aucune garantie obtenue à cet égard des autorités iraniennes, selon les voies officielles (voir Bader et autres c. Suède, no 13284/04, § 45, CEDH 2005‑..., et les références qui y figurent) et, ensuite, parce que rien dans le dossier ne démontre que la requérante souffre d’une maladie aussi fatale que celle requise par l’article 94 du CPI (paragraphe 32 ci-dessus).

Même à supposer le contraire, la Cour souligne qu’une éventuelle exécution par l’administration d’un seul coup de martinet composé de cent lanières, ne confère aucunement à la peine en cause un caractère « symbolique », ni ne change sa qualification d’« inhumaine » (paragraphe 50 ci-dessus). Dans cette hypothèse, quoique la requérante eût été épargnée de lésions plus graves, il n’en demeure pas moins que son châtiment, consistant encore à la traiter publiquement en objet aux mains de la puissance étatique, aurait porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l’article 3 : la dignité et l’intégrité tant physique que psychique de la personne (voir, mutatis mutandis, Tyrer, précité, p. 16, § 33).

52.  Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour juge avéré qu’il existe un risque réel pour la requérante d’être soumise à une peine « inhumaine », donc contraire à l’article 3, si elle devait être renvoyée en Iran.

**Document 5**

**Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c/France, 4 juin 2020, n°15343/15 et 16806/15**

1. IV SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L’ARTICLE 3 DE LA CONVENTION
2. 157.  Quant à la question de savoir si la responsabilité de l’État peut être engagée sur le terrain de l’article 3 de la Convention à raison de mauvais traitements infligés par des entités autres que lui, la Cour rappelle que l’obligation que l’article 1 fait aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande, en combinaison avec l’article 3, de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers. Ces dispositions doivent permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables, et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance. S’agissant notamment des enfants, eu égard au caractère fondamental des droits garantis par l’article 3 et à leur vulnérabilité particulière, les pouvoirs publics ont l’obligation, inhérente à leur mission, de protéger ceux-ci contre des mauvais traitements.
3. 159.  La Cour estime que M. peut être considérée comme relevant de la catégorie des « personnes vulnérables » qui ont droit à la protection de l’État (*Talpis*, précité, § 126) et que les mauvais traitements qu’elle a subis de la part de ses parents tombent sous l’empire de l’article 3 de la Convention.
4. 161.  La Cour est d’avis que, par le « signalement pour suspicion de maltraitance » de la directrice de l’école en date du 19 juin 2008 (paragraphe 11 ci-dessus), les autorités ont été mises au courant de l’éventualité que M. ait subi des mauvais traitements et d’un risque potentiel qu’elle en endure d’autres. Ce signalement a ainsi déclenché l’obligation positive de l’État de procéder à une investigation afin d’apprécier l’éventualité de mauvais traitements et, le cas échéant, de déterminer qui en était l’auteur, ainsi que de protéger l’enfant de futurs traitements de cette nature (voir, *mutatis mutandis, M. et M. c. Croatie*, no 10161/13, §§ 140‑142, CEDH 2015 (extraits).

175.  Au regard des constats opérés ci-dessus, la Cour conclut que le système a failli à protéger M. des graves abus qu’elle a subis de la part de ses parents et qui ont d’ailleurs abouti à son décès.

176.  Dès lors, il y a eu violation de l’article 3 de la Convention.

**Document 6**

**C. E et autres c/ France, 24 mars 2022 (req. n°29775 :18 et 29693/19)**

49.  La Cour rappelle que la question de l’existence ou de l’absence d’une vie familiale est d’abord une question de fait, qui dépend de l’existence de liens personnels étroits. La notion de « famille » visée par l’article 8 concerne non seulement les relations fondées sur le mariage, mais aussi d’autres liens « familiaux » *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital ou lorsque d’autres facteurs démontrent qu’une relation a suffisamment de constance. La Cour accepte ainsi, 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 (voir notamment Paradiso et Campanelli c. Italie [GC], no 25358/12, §§ 140 et 148, 24 janvier 2017, ainsi que les références qui y figurent, et Honner c. France, no 19511/16, § 50, 12 novembre 2020). Elle a notamment jugé que la relation entre deux femmes vivant ensemble sous le régime du PACS et l’enfant que la seconde d’entre elles avait conçu par AMP et qu’elle élevait conjointement avec sa compagne s’analysait en une « vie familiale » au regard de l’article 8 de la Convention (voir *Honner* précitée, §§ 50-51, *X et autres c. Autriche* [GC], no 19010/07, § 95, CEDH 2013, et *Gas et Dubois c. France* (déc.), no 25951/07, 31 août 2010, ainsi que les références qui y figurent). Dans l’affaire *Honner* précitée (*ibidem*), elle a considéré, dans un cas où l’ex-compagne de la mère biologique d’un enfant s’était investie dans l’éducation de ce dernier durant quatre ans et demi et s’était mise en disponibilité lorsqu’il avait quatre mois pour s’occuper au quotidien de lui et de son fils biologique, que le lien qui s’était développé entre elle et lui durant les années de leur vie commune relevait de la vie familiale au sens de l’article 8.

50.  S’agissant de la requête no 23775/18, la Cour relève que C.E. a élevé M.B. conjointement avec sa conjointe, C.B., la mère biologique de cette dernière, pendant quatre ans, de la naissance de l’enfant en 2002 à la séparation du couple en 2006. En accord avec C.B., C.E a ensuite exercé à l’égard de M.B. un droit de visite et d’hébergement un weekend sur deux et la moitié des vacances scolaires. En outre, C.E. versait mensuellement une pension alimentaire à son ex-compagne pour l’entretien et l’éducation de M.B.

51.  S’agissant de la requête no 29693/19, la Cour relève qu’A.E. a élevé T.G. conjointement avec K.G., la mère biologique de ce dernier, avec qui elle était unie par un PACS, pendant six ans, de la naissance de T.G. en 2008 jusqu’à la séparation du couple en 2014. Elle note que K. G. a consenti à une délégation-partage de l’autorité parentale et à une garde alternée dans le cadre desquelles A.E. continue à contribuer à l’éducation de T.G. Par ailleurs, A.E. a également consenti, au profit de K. G. à une délégation-partage de l’autorité parentale et à une garde alternée en ce qui concerne l’enfant auquel elle a donné naissance en 2011. Les deux enfants vivent ainsi ensemble, en alternance chez l’une et chez l’autre.

52.  Il résulte de ce qui précède, qu’il existe entre M.B. et C.E, d’une part, et entre T.G., et A.E., d’autre part, des liens personnels effectifs qui tiennent, *de facto*, du lien parent‑enfant et caractérisent donc l’existence d’une vie familiale au sens de l’article 8 de la Convention.

53.  La Cour rappelle qu’il n’y a aucune raison valable de comprendre la notion de « vie privée » comme excluant les liens affectifs s’étant créés et développés entre un adulte et un enfant en dehors de situations classiques de parenté. Ce type de liens relève de la vie et de l’identité sociale des individus. Dans certains cas impliquant une relation entre un adulte et un enfant qui ne présentent aucun lien biologique ou juridique, les faits peuvent néanmoins relever de la « vie privée » de l’adulte comme de l’enfant concernés (voir notamment*Paradiso et Campanelli* précité, § 161).

54.  Il en va tout particulièrement ainsi pour l’enfant concerné, la filiation dans laquelle s’inscrit chaque individu étant un aspect essentiel de son identité (voir en particulier *Mennesson c. France*, (no 65192/11, §§ 46 et 96, CEDH 2014 (extraits)).

55.  À la lumière des considérations qui précèdent (paragraphes 50‑51 ci‑dessus), la Cour conclut que les liens qui se sont développés entre M.B. et C.E, d’une part, et entre T.G. et A.E., d’autre part, relèvent de leur vie privée au sens de l’article 8 de la Convention.

56.  Constatant que le grief tiré de l’article 8 de la Convention n’est ni manifestement mal fondé ni irrecevable pour un autre motif visé à l’article 35 de la Convention, la Cour le déclare recevable.

78.  La Cour relève tout d’abord, ainsi que cela ressort des éléments fournis par le Gouvernement, qu’au moment où les requérants ont saisi les juridictions internes puis la Cour de leurs prétentions, le droit français ne permettait pas d’établir juridiquement un lien de filiation entre un enfant mineur et l’ancienne compagne de sa mère biologique sans que ne soit affectée la situation juridique de cette dernière. Quelle qu’ait été la relation que l’un et l’autre avaient développée, les intéressés ne pouvaient, pour ce faire, recourir ni à l’adoption plénière, ni à l’adoption simple, ni à l’action en possession d’état. Il convient de plus de noter que le Gouvernement ne prétend pas qu’une autre voie aurait été ouverte à cette fin.

79.  La Cour relève ensuite que, dans les deux affaires, le Gouvernement et les requérants s’entendent pour admettre qu’il y a eu ingérence d’une autorité publique dans l’exercice par ces derniers de leur droit au respect de leur vie privée et familiale ainsi que pour procéder à un examen du grief sous l’angle des obligations négatives que l’article 8 met à la charge des États parties.

80.  La Cour ne partage pas cette approche. Elle relève en effet que, dans les deux requêtes, le grief tiré de l’article 8 ne tend pas à dénoncer une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale qu’aurait portée une autorité publique à l’encontre des requérants mais porte sur des lacunes du droit français qui selon eux, ont conduit au rejet de leurs demandes respectives et que ceux-ci estiment préjudiciable au respect effectif de leur vie privée et familiale.

81.  Certes, dans les affaires *Mennesson* et *Wagner et J.M.W.L.* (voir aussi *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, no 56759/08, 3 mai 2011), citées à d’autres égards par les parties, la Cour a examiné le refus de reconnaître en droit le lien entre des enfants nés d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger ou adoptés à l’étranger et leurs parents d’intention ou d’adoption sous l’angle des obligations négatives découlant de l’article 8. La situation des requérants dans ces affaires, dans lesquelles un lien entre les uns et les autres avait été préalablement établi en droit étranger, se distingue toutefois de celles en litige dans les présentes affaires.

82.  La Cour examinera donc le grief des requérants sous l’angle de l’obligation positive des États parties de garantir aux personnes relevant de leur juridiction le respect effectif de leur vie privée et familiale, plutôt que sous l’angle de leur obligation de ne pas s’ingérer dans l’exercice de ce droit.

# Méthodologie de la note de synthèse

**Ingrid Maria**

**Professeur à l’université Grenoble Alpes**

L’objectif de cette fiche est d’apprendre à faire une bonne synthèse de plusieurs documents juridiques. L’esprit de synthèse est d’abord une qualité recherchée chez un juriste puisqu’il suppose une capacité à confronter et comparer plusieurs documents, exercice auquel se livrent toutes les professions juridiques. Ceci explique que la **note de synthèse** fasse **partie des épreuves de presque tous les concours administratifs et examens professionnels.** Vous aider à rédiger une bonne note de synthèse vous servira donc, non seulement dans le cadre de votre future activité, mais aussi pour réussir à y accéder.

Cette fiche vous permet d’acquérir les principes de base de la note de synthèse sans vous préparer à l’épreuve de note de synthèse de tel ou tel concours ou examen. Bien souvent, en effet, cette épreuve obéit à un certain nombre de codes, comme le nombre de pages ou de mots exigés, la manière de citer les documents ou encore la construction de l’exposé. Néanmoins, une fois les principes de bases acquis, vous pourrez sans difficulté, vous couler dans les « moules » imposés dans le cadre de chaque concours ou examen.

On peut résumer l’esprit de la note de synthèse en disant qu’**il s’agit de mettre en rapport des documents sur une certaine question, pour en tirer des enseignements**  permettant de répondre à la question considérée.

**Méthodes et techniques**

Tout travail de synthèse suppose **deux grandes étapes**  : il faut, bien sûr, commencer par faire l’analyse des documents qui vous sont communiqués, avant d’en effectuer la synthèse proprement dite.

**Remarque :** Il faut garder à l’esprit que la philosophie qui préside à la note de synthèse peut se résumer ainsi : **tous les documents** (il ne faut pas oublier d’exploiter et de citer l’ensemble des documents qui ont été fournis), **rien que les documents** (il faut à tout prix éviter d’apporter de la valeur ajoutée aux documents communiqués, ce qui peut s’avérer difficile quand on connaît bien le thème faisant l’objet de la note de synthèse). **Cette règle est à relativiser dans le cadre des notes de synthèse demandées dans le cadre des TD de droit des mineurs et de droit de la CEDH. En effet, l’apport de connaissances extérieures aux documents, notamment contenues dans le cours ne sont pas prohibées.**

**1. Phase d’analyse**

On ne peut évidemment prétendre tirer des enseignements d’une série de documents si on ne les a pas parfaitement compris. Cette compréhension suppose, bien sûr, une lecture attentive de chaque texte ou décision ; toutefois on ne vous demande pas ici d’expliquer mot à mot tel article du Code civil, ou de « décortiquer » explicitement telle décision de justice (qu’avait dit la cour d’appel ? Qui a formé le pourvoi ? Sur quel fondement ?). Ce travail d’analyse qui ne sera pas reproduit tel quel dans le texte que vous rédigerez, doit être un travail orienté, finalisé : vous devez **lire et analyser chaque document en vous demandant quels enseignements vous pouvez en tirer par rapport au problème général posé dans l’ensemble des documents** .

**Attention :** Il s’agit de dégager l’idée essentielle du document analysé et non de se contenter d’un résumé de celui-ci.

**Ce travail d’analyse va** , plus précisément, **combiner trois démarches** , qui préparent directement la synthèse :

1. une démarche d’**identification** des questions ;
2. une démarche de **sélection** des informations utiles et inutiles ;
3. une démarche de **comparaison** de chaque document avec les autres.

Ces trois démarches seront, en réalité, menées simultanément, au fur et à mesure que vous avancerez dans la lecture des documents. Mais, pour mieux vous les faire comprendre, elles seront présentées séparément.

**1.1. Identification de la/des question(s) commune(s) aux documents**

Il s’agit de déterminer ici le thème de la note de synthèse. Celui-ci peut être expressément indiqué ou, au contraire, ne pas être affiché.

Dans le **cas où le thème de la note est expressément indiqué** , il est important de le lire attentivement car il donne un premier aperçu du dossier et constitue un guide pour la lecture des documents. En effet, il conviendra de rechercher, dans chaque document soumis à l'étude, tout ce qui se rapporte au sujet mais uniquement ce qui se rapporte au sujet. La formulation du sujet peut également donner des indications précieuses sur la construction de la note. L’emploi du pluriel ou du singulier peut ainsi être décisif, tout comme l’usage d’une conjonction de coordination ou d’un substantif.

**Exemple :** Si le sujet de la note de synthèse est *« Pacs et concubinage »,* il est possible d’emblée d’en déduire qu’il s’agit d'une comparaison entre ces deux mécanismes et qu’il faudra alors rechercher dans les documents quels sont les points communs et quels sont les différences entre les deux.

Dans le **cas où le thème de la note n’est pas précisé** , votre tâche sera alors beaucoup plus complexe puisque vous ne connaîtrez pas au départ le thème de la note de synthèse. Cette identification va se faire progressivement, au fur et à mesure de la lecture des documents : vous remarquerez que tous les textes se rapportent à une ou à plusieurs questions communes, et vous devez pouvoir, dès que vous aurez terminé cette première lecture, formuler cette ou ces questions de la manière la plus précise possible. Il se peut très bien que les premiers documents vous donnent une idée faussée, et notamment trop large, de la question : vous corrigerez en lisant les documents suivants.

**1.2. Sélection des informations**

Vous remarquerez, presque dans tous les cas, que certains documents traitent, en plus de la question principale qui les rapproche des autres, d’une question accessoire qui n’a rien à voir et qui ne se retrouve pas dans les autres documents

**Exemple :** Dans une série d’arrêts qui concernent une question de fond, vous trouvez un des arrêts qui règle, pour partie, une question de procédure.

Vous devez alors écarter cet aspect du document, pour ne retenir, dans le cadre de la synthèse, que ce qui est commun. Il arrive même que (surtout dans le cadre des épreuves de concours) l’auteur du sujet insère volontairement dans les documents devant être synthétisés un « intrus », c’est à dire un document qui n’a rien à voir avec les autres, qui porte sur une toute autre question : vous devez l’écarter impitoyablement en introduction.

**1.3. Comparaison des documents**

**Au fur et à mesure que vous lisez les documents et que vous en faites l’analyse** , comparez-les entre eux : ce document dit-il, sur la question visée, la même chose que le ou les précédents ? Apporte-t-il une nuance ? Vise-t-il une autre hypothèse ? Est-il en contradiction avec ce que vous avez déjà lu ? La lecture doit être efficace, de sorte qu’il ne faut pas nécessairement lire en entier chaque document. Il s’agit de repérer, dans chaque document, ce qui paraît essentiel. Ce conseil sera particulièrement à retenir face à des dossiers cumulant une vingtaine ou une trentaine de documents et parvenant à une soixantaine de pages comme c'est souvent le cas dans les concours administratifs ou les examens professionnels. Le temps imparti ne vous laissera alors pas l'occasion de tout lire dans le détail.

**Exemple :** Il ne sera souvent d'aucun intérêt de lire toutes les décisions de justice dans leur entier. Il faudra surtout déterminer le problème de droit qui se posait et la réponse qu’y apporte la juridiction concernée. De même, si des articles de doctrine assez denses et difficiles à lire sont joints au dossier à étudier, il faudra surtout porter votre attention sur l’introduction, les titres et sous-titres du plan s’il en existe, les thèmes, les phrases en gras, les développements isolés ou encadrés, ainsi que la conclusion.

**2. Phase de synthèse**

Les documents à synthétiser sont généralement présentés selon un ordre arbitraire, ou selon un ordre qui n’a aucune signification particulière pour les informations qu’ils contiennent (chronologique par exemple). Il faut donc **reclasser ces informations de manière logique et cohérente** , pour pouvoir en tirer des enseignements significatifs. Il sera alors possible de présenter les résultats de votre travail sous forme d’un exposé construit et cohérent.

**2.1. Classement des documents**

L’idée ici est de mettre ensemble les informations recueillies lorsqu’elles vont ensemble et de les distinguer lorsqu’elles sont différentes. Pour cela, il faut déterminer le ou les critères de classement. Or, ces critères peuvent être multiples. Toute la difficulté est alors de choisir le ou les critères le(s) plus adapté(s) aux informations que vous avez recueillies et à l’utilisation que vous voulez en faire.

On peut utiliser trois sortes de critères, regrouper les informations selon trois types de logiques :

1. **classement selon les sources**   : les règles posées par la loi (ou plus généralement les textes de droit légiféré), les solutions jurisprudentielles, les positions doctrinales. Ce critère ne peut guère être utilisé que lorsque les informations délivrées par chaque type de source présentent une certaine unité. Il serait ainsi peu significatif de regrouper toutes les positions doctrinales entre elles, si vous constatez des divergences importantes entre les auteurs dont les opinions vous sont soumises. Par ailleurs, le critère de sources ne sera vraiment pertinent que si, à l’inverse, vous constatez une opposition entre les sources : si, par exemple, la jurisprudence apparaît en contradiction manifeste avec les textes, ou si, au moins, elle ajoute véritablement quelque chose aux textes ; ou si les solutions du droit positif, légales et/ou jurisprudentielles, font l’objet de critiques doctrinales qui apparaissent dans les documents qui vous sont donnés ;
2. **classement selon un critère chronologique**  : ce critère n’est utilisable que dans le cas où les documents font ressortir une évolution nette des solutions : si, par exemple, il y a eu le vote de nouveaux textes, ou un revirement de jurisprudence. Le critère n’a aucun sens, en revanche, si les documents communiqués font ressortir une constance des solutions, ou des évolutions progressives, difficilement classables en un « avant » et un « après ». Même, d’ailleurs, s’il y a eu un changement bien situé dans le temps, le classement chronologique n’est pertinent que si le changement affecte un point déterminé (revirement de jurisprudence, modification législative mineure), ou du moins s’il ne vous est soumis que sur ce seul point ; si les modifications sont complexes, et affectent tout un pan du droit positif, il vaut mieux regrouper les informations point par point, en fonction des questions résolues, et, pour chaque solution, décrire l’avant et l’après ;

**Exemple :** Si vous aviez, aujourd’hui, à faire une synthèse sur l’évolution du droit de la filiation, en confrontant les solutions antérieures et les solutions issues de la réforme de 2005, il serait sans intérêt de faire une synthèse de l’avant et une synthèse de l’après ; il serait évidemment plus pertinent de prendre l’une après l’autre les questions posées (l'établissement de la filiation, la contestation de la filiation, la filiation dans mariage, la filiation hors mariage...) et de voir, sur chaque question, ce qui a changé.

1. classement selon une logique de contenu : ce sera souvent le critère le plus pertinent. Les documents devront ainsi être classés en fonction de ce qui est dit dans chacun d’entre eux. À la différence des critères précédents, qui faisaient toujours ressortir des rapports d’opposition entre deux ou plusieurs catégories d’information (la jurisprudence décide que.../ mais cette solution est critiquée par la doctrine ; avant la solution était que..., maintenant elle est que...), un critère tiré du contenu des documents peut aussi bien mettre en évidence un rapport d’opposition qu’un rapport de complémentarité. Il se peut, en effet, que les documents délivrent des informations contradictoires, voire inconciliables.

**Exemple :** Vous constatez, à propos de décisions jurisprudentielles relatives à l’administration de la preuve, que certaines imposent que la preuve rapportée ne soit pas attentatoire à la vie privée tandis que d’autres admettent des preuves relevant clairement de l’intimité de la vie privée : c’est cette opposition que vous pourrez mettre en évidence dans votre synthèse.

Beaucoup plus souvent, les informations délivrées apparaissent comme complémentaires. C’est le cas lorsqu’elles concernent des problèmes distincts.

**Exemple :** Dans une note de synthèse sur un mécanisme juridique quelconque, certains documents concernent les conditions de validité du mécanisme, et d’autres ses effets ; dans une note de synthèse sur la QPC, certains documents mettent en évidence les difficultés d’application des dispositions relatives à la QPC tandis que d’autres font état d’un bilan de son application depuis sa mise en place.

C’est à partir de ces différences de questions à résoudre que vous pourrez construire votre synthèse. Sur une même question, le rapport de complémentarité entre des informations peut aussi tenir à ce que les solutions données sont différentes, parce que les situations de fait sont elles-mêmes différentes : votre synthèse va alors faire ressortir les solutions applicables dans les différents cas.

**Exemple :** Des documents sur la responsabilité du fait des choses feront ressortir que les solutions ne sont pas les mêmes selon que la chose fait l’objet d’une législation spécifique ou non, est entrée en contact avec la victime ou non, est inerte ou en mouvement…Ce sont ces distinctions que vous ferez apparaître.

**2.1. Rédaction de la note de synthèse**

Si vous avez correctement regroupé les différentes informations présentes dans les documents, vous n’aurez aucun mal à rédiger la note de synthèse.

Cette note doit **naturellement**  être **construite selon les lignes de force précédemment dégagées** , selon les regroupements effectués. Si vous avez à réaliser une note de synthèse dans le cadre d’un concours administratif, il se peut que vous ayez des consignes formelles à respecter (plan en deux parties, en trois parties, obligation de citer explicitement tous les documents...). Mais, en dehors de ce contexte, le plan à respecter n’est autre que celui que vous avez progressivement découvert au cours des étapes précédentes.

**La note de synthèse doit être courte et claire** . Là encore, il est fréquent que, dans le cadre des concours administratifs ou examens professionnels, on vous donne des consignes très précises sur le nombre de pages, voire le nombre de mots. Les usages peuvent également différer quant à l'apparition expresse ou non d'intitulés de parties isolés du texte. À vous de vous adapter alors aux consignes qui vont sont données. **Ne négligez pas** , en tout état de cause, **les transitions entre les parties et les sous-parties ainsi que les chapeaux** annonçant chaque partie et sous-partie si vous faites apparaître leurs titres. Votre présentation doit « couler »… En l’absence de telles consignes, il est pour le moins impératif que la note soit beaucoup plus courte que les documents résumés : sinon le lecteur a meilleur compte à aller les lire directement !

**Remarque :** Bien souvent, il faut citer explicitement les documents au fur et à mesure que vous les utilisez (en indiquant le numéro du document entre parenthèses). Si, pour certains concours (comme celui de l’ENM) cela n’est pas requis, nous vous conseillons tout de même de faire figurer explicitement les numéros de documents cités afin de pouvoir vérifier rapidement si vous n’en avez oublié aucun.

**Vous pouvez mobiliser plusieurs fois le même document** . Il est en effet possible, et le cas de figure est assez fréquent, qu’un même document aborde plusieurs points qui se retrouvent dans les autres documents. C’est en comparant les documents que vous vous rendrez compte si un document peut, sur différents points, être rapproché des autres.

**Attention :** Vous devez vous contenter de rendre compte des documents. **En aucun cas vous ne devez en faire le commentaire** . Cette neutralité de principe de la note de synthèse proscrit ainsi tout usage du « je » ou du « nous ». Il convient de ne pas prendre parti, de rester le plus objectif possible à l'égard des documents soumis à l'étude. Attention aussi à ne pas laisser l’impression que vous vous appropriez les propos tenus dans les documents en attribuant à chaque « émetteur » de l’information le propos tenu (la Cour de cassation s’il s’agit d’un arrêt de la Cour, un auteur s’il s’agit d’un article de doctrine, etc.). **Cette consigne ne doit pas être appliquée aux notes de synthèse demandées en TD de droit des mineurs ou de droit de la CEDH dans lesquels il vous est au contraire demandé de commenter les documents.**

**Quant à l'introduction** , les usages divergent. Il est simplement possible de préciser que l'introduction d'une note de synthèse diffère de l'introduction d'une dissertation ou d'un commentaire. Elle doit être brève et comporter, en principe, trois étapes :

1. il s'agit d'abord de **présenter le sujet** . Vous pouvez, pour ce faire, citer une phrase tirée d'un des documents (les articles de doctrine s'y prêtent parfois bien) ou alors vous contenter, comme nous le ferons dans le corrigé suivant (*V. Exercices*), de présenter le problème traité en une phrase simplement ;
2. il s'agit, ensuite, d'**expliciter la problématique** (sous forme d'interrogations éventuellement) c'est-à-dire d'expliquer les quelques idées générales qui se dégagent de l'ensemble des documents ;
3. il s'agit, enfin, de **présenter le plan qui sera suivi** . Celui-ci découle en principe directement de ce qui a été exposé précédemment. Il est conseillé ici d'utiliser mot pour mot les termes qui constitueront les titres de vos parties (si ces titres apparaissent clairement).

**Droit européen des droits de l’homme**

**Travaux dirigés**

**Séance n°3 : Le contrôle de proportionnalité**

**de la Cour européenne des droits de l’homme**

Après la lecture de l’article du Professeur Sudre, faites un commentaire groupé des deux arrêts suivantS en ce qu’ils constituent des exemples de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité mis en œuvre par la Cour européenne des droits de l’homme.

# Cour européenne des droits de l'homme - Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme De quoi est-il question ? - Etude par Frédéric Sudre JCP n° 11, 13 Mars 2017, doctr. 289

**1. -**  Selon le Premier président de la Cour de cassation, l'« influence de plus en plus marquée » de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme « sur la jurisprudence et les méthodes de raisonnement de la Cour de cassation »Note 1 nécessite que cette dernière adapte son contrôle à celui de la Cour européenne. En bref, il s'agit de procéder à un contrôle de proportionnalité, qu'il convient de « conceptualiser »Note 2. La Cour de cassation, depuis un désormais célèbre arrêt du 4 décembre 2013Note 3 – où au visa de l'article 8 de la Convention EDH elle écarte l'application au cas d'espèce d'une disposition claire et précise du Code civil –, s'est engagée résolument dans la voie de la promotion du contrôle de proportionnalité à l'occasion d'espèces concernant le droit au respect de la vie privée et familiale *(art. 8)*Note 4. Non sans susciter au sein de la doctrine privatiste de forts débats et de virulentes critiquesNote 5, sans pour autant que l'on prenne la peine de s'interroger sur la réalité du « contrôle de proportionnalité » exercé par la Cour EDH. De quoi est-il vraiment question ?

**2. -**  Il conviendrait, tout d'abord, de distinguer principe – ou règle – de proportionnalité et contrôle de proportionnalité. Le principe de proportionnalité, qui à l'époque moderne s'est épanoui en droit allemand, est avant tout « un principe de modération du pouvoir » Note 6, visant à protéger les droits fondamentaux contre les empiétements de la puissance publique. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les droits fondamentaux « ne peuvent être limités pour des motifs d'intérêt général, que dans la mesure où ceci apparaîtrait comme absolument indispensable »Note 7. Impliquant la conciliation entre l'intérêt général justifiant les interventions étatiques et les libertés individuelles, « le principe de proportionnalité », ainsi que l'affirme le juge constitutionnel allemand, « résulte de l'État de droit, finalement de l'essence même des droits fondamentaux »Note 8.

**3. -**  Bien que le principe de proportionnalité ne figure pas *expressis verbis* dans le texte de la Convention, il n'est donc guère surprenant que, très tôt, dès son arrêt du 23 juillet 1968 dans l'Affaire linguistique belgeNote 9, la Cour européenne se soit référée implicitement au principe de proportionnalité, affirmant que « la Convention implique (…) un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers » *(§ 5)* et qu'elle ait pris soin de préciser, par la suite, que « le souci d'assurer un tel équilibre » est « inhérent à l'ensemble de la Convention »Note 10. D'autant que l'on peut considérer, avec Marc-André Eissen, que la proportionnalité est inscrite « en filigrane » dans la ConventionNote 11, particulièrement dans la clause d'ordre publicNote 12 exigeant que les restrictions aux droits soient « nécessaires dans une société démocratique »Note 13.

**4. -**  La recherche du juste équilibre entre les intérêts en présence – intérêt général et intérêts individuels – est sans conteste « une expression du principe de proportionnalité »Note 14 mais il est simplificateur de résumer à « une méthode de balance des intérêts »Note 15 le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour EDH, entendu comme « la compétence que se reconnaît le juge européen des droits de l'homme pour juger de l'observation, par l'État, de la règle de proportionnalité »Note 16. Avant d'en venir à la méthodologie de ce contrôle, trois remarques préalables s'imposent.

**5. -**  En premier lieu, il est fondamental de souligner que la Cour a d'emblée placé son contrôle des restrictions aux droits sous les auspices du principe de subsidiarité, le liant de manière intime à la marge d'appréciation. Dans son arrêt fondateur, Handyside c/Royaume-Uni, du 7 décembre 1976Note 17, la Cour relève que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme »Note 18. Constatant que « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences [de l'ordre public] comme sur la "nécessité" d'une "restriction" » à une liberté, elle reconnaît « dès lors » une marge d'appréciation à l'État partie *(§ 48)*.

**6. -**  À cet égard, le Président Louvel est parfaitement fondé à lier la réflexion sur le contrôle de proportionnalité au principe de subsidiarité, désormais inscrit par le Protocole 15 (non encore en vigueur) dans le Préambule de la CEDH en lien avec la marge d'appréciationNote 19, et à inciter la Cour de cassation à « trouver la voie devant lui permettre d'investir pleinement la marge nationale d'appréciation que la Cour de Strasbourg lui reconnaît et l'invite même à exercer effectivement »Note 20. Le Vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, ne dit pas autre chose : « Pour que le principe de subsidiarité exerce pleinement ses vertus régulatrices, il doit conduire les autorités nationales à analyser de façon systématique, approfondie et, si possible, préventive la compatibilité du droit interne avec les garanties européennes »Note 21.

**7. -**  En second lieu, il convient d'insister sur le fait que la Cour européenne exerce avant toutNote 22 un contrôle *in concreto* « eu égard aux faits et circonstances précises de la cause pendante devant elle »Note 23 et, notamment, à la situation individuelle du requérantNote 24, et effectue une appréciation concrète des intérêts en présence. Ainsi qu'elle l'indique fort nettement, « sa tâche ne consiste donc point à contrôler *in abstracto* la loi et la pratique pertinente, mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant a enfreint la Convention »Note 25. La logique du principe de subsidiarité conduit le juge national à pratiquer un contrôle similaire et à adjoindre au contrôle abstrait de la conventionalité de la règle un contrôle de conventionalité de l'application de cette règle dans un cas particulierNote 26. Il s'agit de procéder à « la vérification de la proportionnalité de l'application d'un texte aux données de l'espèce lorsque des droits fondamentaux sont en cause »Note 27, en bref d'exercer « un contrôle de proportionnalité de la règle telle qu'elle est appliquée *in concreto* »Note 28. Un tel contrôle, qui permet, en fonction des circonstances de l'espèce, d'écarter l'application de la loi à un cas particulier si elle porte une atteinte excessive aux droits individuels, est – il faut y insister – directement impliqué par le contrôle même de conventionalité.

**8. -**  Le Conseil d'État l'a adopté, dès 1991, en matière d'éloignement des étrangersNote 29, et la distinction contrôle de proportionnalité *in abstracto* / contrôle de proportionnalité *in concreto* lui est désormais familièreNote 30. Le Président Jean-Marc Sauvé peut ainsi affirmer que « le juge administratif ne se contente plus de vérifier que cette loi ne méconnaît pas dans son ensemble les stipulations internationales. Il procède, dans un second temps, à un contrôle *in concreto* et vérifie si les situations susceptibles de naître de l'application de cette loi ne sont pas, saisies dans leurs particularités, susceptibles de méconnaître des droits et libertés protégés par la CEDH »Note 31. À son tour, la Cour de cassation fait sienne cette démarcheNote 32.

**9. -**  Enfin, il ne faut jamais oublier, s'agissant du contrôle pratiqué par la Cour européenne, que l'exigence d'effectivité des droits garantis commande toute la démarche du juge européen. La Cour européenne fait preuve d'un grand pragmatisme et est plus intéressée par le résultat obtenu – la garantie effective des droits – que par la technique de contrôle.

**10. -**  De fait, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne obéit à une démarche casuistique qui, là comme ailleurs, témoigne de la réticence de la Cour à se laisser enfermer dans des constructions théoriques préétablies. Le Professeur Constance Grewe relève que la Cour européenne a fait subir une « transformation (…) aux concepts et aux constructions venant du droit allemand »Note 33 et n'a pas reproduit exactement les catégories élaborées par la doctrine allemande et reprises par la Cour constitutionnelle fédérale allemande : adéquation de la mesure prise à l'objectif légitime poursuivi, nécessité de la mesure à la réalisation de cet objectif (le même objectif ne peut-il être atteint par des moyens moins contraignants ?), proportionnalité *stricto sensu* de la mesure prise (celle-ci ne doit pas imposer de charges démesurées par rapport au résultat recherché). Dans ce triptyque, l'adéquation et la nécessité se concentrent sur les moyens employés alors que la proportionnalité au sens strict « se focalise sur l'examen de la relation entre le but projeté et les moyens employés »Note 34 et consiste à mettre en balance l'intérêt général et l'intérêt individuel.

**11. -**  Il n'en reste pas moins que la jurisprudence de la Cour européenne, comme une analyse des arrêts fondateurs de son contrôle de proportionnalité – grosso modo de l'arrêt Handyside, en 1976, à l'arrêt Olsson, en 1988Note 35 – permet de le montrer, s'est inspirée du modèle allemand, tant pour configurer son contrôle **(1)** que pour en préciser le contenu **(2)** .

**1. La configuration du contrôle de proportionnalité**

**12. -**  La jurisprudence fondatrice du contrôle de proportionnalité dessine un cadre général qui, de prime abord, peut sembler déroutant. La terminologie utilisée pour nommer le contrôle exercé est équivoque et le contrôle repose sur une grille d'analyse flexible.

**A. - Une terminologie équivoque**

**13. -**  Suivant une démarche analytique, la Cour constitutionnelle allemande a structuré son contrôle autour de trois éléments distincts – adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto sensu* – qui, considérés ensemble, constituent le « contrôle de proportionnalité » au sens large. Ainsi, dans une formulation ramassée, exige-t-elle qu'une atteinte à un droit fondamental « serve un objectif légitime et constitue un moyen adapté, nécessaire et approprié d'atteindre cet objectif »Note 36. La CJUE fait usage d'une formulation similaire, énonçant que « le principe de proportionnalité exige, selon une jurisprudence constante de la Cour, que les actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de ces objectifs »Note 37. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, reprend à son compte le « triple test de proportionnalité », affirmant avec concision que les atteintes à l'exercice des libertés « doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi »Note 38. Si le Conseil d'État a emboîté le pas du Conseil constitutionnelNote 39, ce n'est pas le cas, pour l'heure, de la Cour de cassation.

**14. -**  La formulation du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne n'obéit pas au traitement analytique du juge constitutionnel allemand et la Cour n'exprime pas formellement son contrôle sous la forme du triple test. Il est alors pour le moins surprenant – mais aussi révélateur tant de la méconnaissance de la réalité du contrôle de proportionnalité de la Cour européenne que de son influence sur le juge constitutionnel – que le commentaire officiel de la décision n° 2013/319 QPCNote 40 mentionne que, dans sa décision Hadopi INote 41, « s'inspirant de la grille d'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel soumet les atteintes portées à cette liberté à une triple condition de nécessité, d'adaptation et de proportion à l'objectif poursuivi ».

**15. -**  C'est l'expression « nécessaire dans une société démocratique », figurant dans la clause d'ordre public – on sait que pour être compatible avec la Convention, une restriction à un droit garanti doit satisfaire à la triple condition de légalité (« être prévue par la loi »), de légitimité (viser un but légitime) et de nécessité dans une société démocratique – , qui retient l'attention de la Cour et fonde le contrôle de proportionnalité qu'elle exerce.

**1° La notion de « nécessaire » (dans une société démocratique)**

**16. -**  Dans l'arrêt Barthold contre Allemagne du 25 mars 1985Note 42, la Cour synthétise l'analyse faite dans son arrêt Handyside *(§ 48)* : « De la jurisprudence de la Cour, il ressort que si l'adjectif "nécessaire" (…) n'est pas synonyme d' "indispensable", il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu' "admissible", "normal", "utile", "raisonnable" ou "opportun": il vise un "besoin social impérieux" » *(§ 55)*. Ainsi, au sens de la CEDH, « la notion de ‘‘nécessité'' implique un ‘‘besoin social impérieux'' »Note 43.

**17. -**  Comme le remarque l'un des principaux artisans de la jurisprudence « historique » de la Cour, « de la ‘‘nécessité'' à la proportionnalité, il n'y a qu'un pas » Note 44, et l'on peut ici rappeler que, initialement, le contrôle de proportionnalité en droit allemand se confondait peu ou prou avec celui de la « nécessité », entendue comme la recherche d'un moyen moins attentatoire aux intérêts privés. Le Professeur Fromont souligne ainsi que la jurisprudence européenne fournit « une nouvelle preuve de la filiation étroite existant entre l'idée de nécessité et celle de proportionnalité : à la limite, la proportionnalité exprime simplement l'exigence d'une stricte nécessité »Note 45. Somme toute, la Cour européenne, en se référant au « besoin social impérieux », ne fait qu'exprimer l'idée au fondement du principe de proportionnalité qu'une restriction à une liberté individuelle ne doit jamais aller au-delà de ce qui est absolument nécessaire, en bref qu'il ne faut « pas tirer sur les moineaux avec un canon »Note 46.

**2° « Nécessité » (dans une société démocratique) et composantes du test de proportionnalité**

**18. -**  Après avoir posé les jalons du contrôle de proportionnalité dans l'arrêt Handyside (1976), en précisant, de manière rudimentaire, que son contrôle concernait « à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa ‘‘nécessité'' » et que toute restriction « doit être proportionnée au but légitime poursuivi » *(§ 49)*, la Cour européenne va progressivement affiner l'énoncé du contrôle de la « nécessité dans une société démocratique », dans des affaires relevant de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale). L'arrêt Dudgeon c/Royaume-Uni, du 22 octobre 1981Note 47 ouvre la voie : « D'après la jurisprudence de la Cour, pour se révéler "nécessaire" dans une telle société (…) une atteinte à un droit protégé par la Convention doit notamment être proportionnée au but légitime poursuivi » *(§ 53)*. L'arrêt Gillow*48* précise la formulation : « La notion de nécessité implique un besoin social impérieux ; en particulier, la mesure prise doit être proportionnée au but légitime poursuivi » *(§ 55)*. L'arrêt Olsson contre Suède *(n° 1)49*, donne finalement la version la plus élaborée : « Selon la jurisprudence constante de la Cour, la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionnée au but légitime recherché ; pour se prononcer sur la "nécessité" d'une ingérence "dans une société démocratique", la Cour tient compte de la marge d'appréciation laissée aux États contractants » *(§ 67)*. Depuis lors, la Cour se tient à cette formulation, y ajoutant parfois la mention du « juste équilibre »Note 48.

**19. -**  La terminologie retenue par la Cour européenne n'est pas sans équivoque et appelle trois observations, afin de dissiper, autant que faire se peut, le halo d'incertitude qui entoure le contrôle de la Cour.

**20. -**  La « nécessité » (dans une société démocratique) n'équivaut pas à la proportionnalité *stricto sensu* mais est une notion plus large. Les termes utilisés dans les arrêts Dudgeon, Gillow, Olsson et, de nos jours, Paradiso et Campanelli – « notamment », « en particulier » – montrent clairement que la proportionnalité au but poursuivi, ici visée, est une composante de la notion de « nécessité » (dans une société démocratique) et ne peut donc être que la proportionnalité *stricto sensu*, comme le confirme l'adjonction du « juste équilibre ». Dès lors, très logiquement, une restriction à un droit garanti non proportionnée au but poursuivi ne peut passer pour « nécessaire dans une société démocratique »Note 49.

**21. -**  La « nécessité » (dans une société démocratique) n'est pas non plus, par conséquent, la « nécessité » du triple test de proportionnalité puisqu'elle inclut aussi la proportionnalité *stricto sensu*. Elle ne se réduit donc pas à la deuxième séquence du contrôle de proportionnalité au sens large. Ce serait alors une erreur de considérer que le contrôle de la « nécessité » (dans une société démocratique) exercé par la Cour européenne évince le contrôle de l'adéquation et celui de la proportionnalité *stricto sensu*.

**22. -**  La « nécessité dans une société démocratique » est donc un concept globalisant susceptible de recouvrir le triple test de proportionnalité dans son ensemble. Au sens de la jurisprudence européenne, le contrôle de « la nécessité dans une société démocratique » doit être tenu pour équivalent au contrôle de proportionnalité au sens large. Mais il relève d'une démarche moins dogmatique que celle empruntée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. La Cour européenne fournit plus une grille générale d'analyse qu'elle ne livre une technique précise de contrôle.

**B. - Une grille d'analyse flexible**

**23. -**  La grille d'analyse de la Cour EDH, ébauchée par l'arrêt Handyside puis mise en place par touches successives, ne distingue pas formellement les trois éléments du contrôle de proportionnalité – adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto sensu* – et se caractérise par sa flexibilité. Selon les cas, le contrôle exercé par la Cour pourra porter sur les trois composantes du contrôle – sans pour autant que celles-ci soient clairement identifiées et que la Cour procède par étapes – ou seulement sur l'une d'entre elles. Dans ce cas, la Cour met l'accent sur le test de proportionnalité *stricto sensu*, négligeant l'adéquation et la nécessité. En agençant librement les éléments du contrôle de proportionnalité, la Cour dessine plusieurs figures du contrôle de proportionnalité.

**1° L'agencement des éléments du contrôle**

**24. -**  Le contrôle de proportionnalité s'articule autour de deux éléments que la Cour imbrique ou combine, le contrôle des « motifs pertinents et suffisants » et le contrôle de la proportionnalité de la mesure au but poursuivi.

**25. -**  Énoncée par l'arrêt Handyside *(§ 50)*, l'exigence des « motifs pertinents et suffisants » est première. Une restriction à un droit garanti ne peut passer pour « nécessaire dans une société démocratique » – et, donc, répondant à un « besoin social impérieux » – que si elle est justifiée par « des motifs pertinents et suffisants ». La condition des « motifs pertinents et suffisants » se conjugue avec celle de la proportionnalité *stricto sensu*.

**26. -**  Selon la jurisprudence européenne, une restriction justifiée par des motifs pertinents mais non par des motifs suffisants ne peut passer pour être « proportionnée au but légitime poursuivi ». L'arrêt Handyside énonce de manière distincte l'exigence des « motifs pertinents et suffisants » *(§ 50)* et celle que la restriction soit « proportionnée au but légitime poursuivi » *(§ 49)*, semblant dissocier les conditions d'adéquation (pertinence), de nécessité (suffisance) et de proportionnalité *stricto sensu*. L'arrêt Dudgeon*Note 50*, procède différemment et distingue motifs « pertinents » et motifs « suffisants » : « Nonobstant la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, il appartient à la Cour de trancher la question de savoir si les motifs qu'elle a jugés pertinents étaient aussi suffisants, c'est-à-dire si l'ingérence incriminée était proportionnée au besoin social invoqué en sa faveur » *(§ 59)*Note 51. L'appréciation de la pertinence et de la suffisance des motifs est donc constitutive de la proportionnalité, le contrôle de la suffisance des motifs englobant à la fois contrôle de la nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu*. La jurisprudence postérieure le confirme et l'arrêt *Olsson54* est très clair : les mesures litigieuses « ne se fondaient pas sur des raisons "suffisantes" de nature à les justifier comme proportionnées au but légitime poursuivi. Nonobstant la marge d'appréciation des autorités internes, elles n'étaient donc pas "nécessaires dans une société démocratique" » *(§ 83)*Note 52.

**27. -**  Mais la démarche de la Cour n'est pas figée et il lui arrive, quoique rarement, de distinguer l'appréciation de la pertinence et de la suffisance des motifs et celle de la proportionnalité *stricto sensu* de la mesure priseNote 53. Le récent arrêt de Grande chambre Paradiso et Campanelli*Note 54* est à cet égard exemplaire. La Cour, dans une démarche didactique peu fréquente, mais bienvenue, distingue au titre du contrôle de la « nécessité dans une société démocratique », les « motifs pertinents et suffisants » *(§ 196-199)* et la « proportionnalité » *(§ 200 et s.)*. Mais, le plus souvent, la Cour fait masse des motifs pertinents et suffisants et de la proportionnalité au but légitime qu'elle réunit dans le contrôle de la « nécessité dans une société démocratique ».

**28. -**  Au terme de cet examen, la grille d'analyse utilisée par la Cour peut être comparée au contrôle de proportionnalité en droit allemand. Le contrôle de la « nécessité dans une société démocratique » – ou du « besoin social impérieux » – d'une restriction à un droit garanti *(art. 8 à 11, § 2)* comporte un contrôle des « motifs pertinents » et un contrôle des « motifs suffisants », incluant ou associant le contrôle de la proportionnalité au but poursuivi, et recouvre, peu ou prou, à la fois l'adéquation de la mesure, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*.

**29. -**  Cette analyse est corroborée par le fait que, hors du champ du contrôle de la « nécessité dans une société démocratique » – donc, hors du champ d'application des restrictions prévues par la clause d'ordre public –, la Cour européenne se borne à un contrôle de la proportionnalité *stricto sensu* des limitations aux droits.

**30. -**  Se dévoilent alors les deux figures principales du contrôle de proportionnalité.

**2° Les figures du contrôle de proportionnalité**

**31. -**  Schématiquement, le contrôle de proportionnalité dans le cadre de la CEDH comporte deux figures majeures, qui s'inscrivent dans un rapport vertical – État-individu – où les atteintes aux droits garantis résultent d'une ingérence, « active » ou « passive », de l'État.

**32. - a)**  La figure n° 1Note 55 est celle du contrôle de proportionnalité global – ou au sens large –, réservé aux restrictions aux droits autorisées par la clause d'ordre public, qui couvre les trois éléments – adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto-sensu* –, mais est susceptible d'être réduit par la Cour à son seul dernier élément. Une double précision s'impose.

**33. -**  D'une part, relève de ce contrôle l'atteinte à un droit commise par une personne privée mais imputable à l'État du fait que l'État a donné au particulier « les moyens ou un encouragement »Note 56 pour porter atteinte au droit garanti d'une autre personne. Le recours à la théorie des obligations positives n'est pas ici utile puisque la violation privée résulte, si ce n'est d'une action proprement dite de l'État, du fait que le droit interne a légitimé ou favorisé la violation en cause. La Cour européenne se place alors sur le terrain classique des ingérences « actives » et exerce le contrôle de proportionnalité au sens largeNote 57.

**34. -**  D'autre part, le contrôle de la Cour est toujours réduit au contrôle de proportionnalité *stricto sensu* lorsque, par le jeu de la théorie des « obligations positives », est en cause une abstention de l'État constitutive *per se* d'une atteinte à un droit garantiNote 58. Bien que le juge européen affirme dans son arrêt Powell et Rayner contre Royaume-Uni*Note 59*, systématisant son contrôle sur les obligations positives, que « les principes applicables sont assez voisins », que les ingérences aux droits garantis résultent d'obligations négatives « classiques » (ne pas porter atteinte) ou d'obligations positives (mettre en œuvre), il n'en reste pas moins qu'il délaisse le contrôle de la « nécessité dans une société démocratique » – et, par voie de conséquence, le contrôle entier de proportionnalité dans sa triple dimension, adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto-sensu*- pour n'exercer qu'un contrôle restreint à la proportionnalité *stricto sensu* et, selon la formule usuelle, se borne « à avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble » *(§ 41)*Note 60. Non sans rappeler que l'État « jouit d'une certaine marge d'appréciation » *(§ 41)*.

**35. -**  L'allégement du contrôle de la Cour, s'explique, sans doute, par l'« inversion » du jeu de la proportionnalité en matière d'obligations positives, puisque le rapport de proportionnalité ne consiste pas à vérifier, comme à l'habitude, que les ingérences dans le droit individuel sont excessives eu égard au but d'intérêt général poursuivi, mais que les obligations mises à la charge de l'État ne sont pas trop lourdes au regard de l'intérêt individuel à protégerNote 61. Il s'explique aussi, vraisemblablement, par le souci de concilier une interprétation constructive, qui aboutit à mettre à la charge de l'État une obligation nouvelle de « mettre en œuvre », au respect du principe de subsidiarité.

**36. - b)** La figure n° 2Note 62 est celle du contrôle de proportionnalité simplifié – ou au sens étroit –, limité à la proportionnalité stricto sensu, pratiqué pour les limitations aux droits non passibles de la clause d'ordre public, qu'il s'agisse de limitations spécifiques (par exemple, droit de propriété) ou de limitations implicites mises à jour par la jurisprudence européenne (par exemple, droit d'accès à un tribunal ; droit à l'instruction ; droit à des élections libres). Le juge européen ne fait plus alors référence au « besoin social impérieux » et ne procède pas au contrôle des « motifs pertinents et suffisants » mais vérifie si un « juste équilibre » a été ménagé entre l'intérêt général de la communauté et les droits individuelsNote 63 ou s'il existe un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »Note 64 ou encore si « les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés »Note 65.

**37. -**  Dans ces domaines, la Cour se retranche derrière le principe du libre choix des moyens qu'elle tire du principe de subsidiarité dès l'Affaire« linguistique belge »*69,* affirmant que « Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention » *(§ 10)*. Au bout du compte, la double exigence d'adéquation et de nécessité de la mesure est laissée à la seule appréciation des autorités nationales, la Cour refusant d'entrer en matière, soit implicitement (le plus souvent), soit expressément. On en fournira un exemple topique. Dans l'arrêt James contre Royaume-Uni, du 21 février 1986, relatif à une mesure privative de propriété, la Cour s'exprime ainsi : « En elle-même, l'existence de solutions de rechange ne rend pas injustifiée la législation litigieuse ; elle représente un facteur, parmi d'autres, aidant à déterminer si les moyens employés peuvent passer pour raisonnables et aptes à la réalisation du but légitime poursuivi, eu égard au "juste équilibre" à préserver. Tant que le législateur demeure dans ces limites, la Cour n'a pas à dire s'il a choisi la meilleure façon de traiter le problème ou s'il aurait dû exercer différemment son pouvoir d'appréciation » *(§ 51)*Note 66. Quoi qu'il en soit, le principe de subsidiarité, auquel, par hypothèse, le juge interne n'est pas tenu, ne saurait contraindre le contrôle de ce dernier.

**38. - c)** Il est, enfin, une dernière figure du contrôle de proportionnalité – que l'on peut dire « horizontal » – lorsque la Cour a à connaître, par le truchement des obligations positives et de l'« effet horizontal indirect » conféré aux droits protégés par la Convention, d'une abstention de l'État ayant permis à un tiers, personne privée, de s'immiscer dans le droit garantiNote 67. Il suffit de dire ici que, selon une jurisprudence bien établieNote 68, la Cour martèle le principe, posé dès son arrêt Chassagnou contre France*73,* que « 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 »Note 69 et n'exerce qu'un contrôle restreint à la proportionnalité au sens strict. La Cour contrôle en conséquence que le juge national a bien procédé à « une mise en balance effective des intérêts en jeu à l'aune du principe de proportionnalité »Note 70, n'hésitant pas, pour ce faire, à définir une grille de critères à l'usage du juge interneNote 71.

**39. -**  Il n'y a pas lieu de s'attarder sur ce contrôle de proportionnalité « horizontal », qui ne soulève pas de difficultésNote 72. La Cour de cassation pratique en effet de longue date la « recherche d'un équilibre »*Note 73* afin de concilier deux droits fondamentaux concurrents entre lesquels il n'y a pas de hiérarchie préétablie.

**40. -**  Par contre, il en va autrement de l'« importation » par la Cour de cassation de « la proportionnalité au sens d'un équilibre entre l'atteinte portée à un droit fondamental et les objectifs poursuivis par une règle de droit »Note 74, qui suscite de sévères critiques d'une partie de la doctrine privatiste. La Cour de cassation ne paraît pas, à cet égard, avoir pris la pleine mesure du contrôle de proportionnalité « vertical » et peine à changer de logiciel lorsqu'elle a à se prononcer sur la proportionnalité d'une atteinte à un droit garanti par les articles 8 à 11 de la Convention. Elle reste, pour l'essentiel, dans le registre du « juste équilibre » et du contrôle de la proportionnalité stricto sensu, la conduisant à énoncer que l'atteinte au droit ne doit pas être « disproportionnée [ou excessive], au regard du but légitime poursuivi »Note 75, parfois en se contentant de faire mention du « juste équilibre » à ménager ou que la mesure litigieuse est « proportionnée au regard » du droit en causeNote 76. Or, le contrôle pratiqué par la Cour sur les restrictions aux droits passibles de la clause d'ordre public est plus complexe.

**2. Le contenu du contrôle de proportionnalité**

**41. -**  Précisons que le contrôle de l'objectif légitime, étape préalable au contrôle de proportionnalité, est assez largement formel, bien que le « but légitime » soit, avec la légalité et la « nécessité dans une société démocratique », l'une des conditions de la compatibilité à la Convention d'une restriction à un droit garanti. La Cour en fait elle-même l'aveu dans son arrêt de grande chambre, S.A.S contre France, du 1er juillet 2014Note 77 : « La pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention » *(§ 114)*Note 78. D'une manière générale, la Cour européenne se borne à émettre « des doutes » en la matièreNote 79 et les constats de défaut de « but légitime » sont très raresNote 80.

**42. -**  La « nécessité dans une société démocratique » est appréciée par la Cour au regard de la marge nationale d'appréciation, qui surplombe le contrôle de proportionnalité. Dès l'arrêt Handyside*Note 81*, la Cour précise que son contrôle sur la finalité et la « nécessité » de l'ingérence va « de pair » avec la marge nationale d'appréciation *(§ 49)*. La jurisprudence de la Cour est sans ambiguïté sur ce point : « pour se prononcer sur la "nécessité" d'une ingérence "dans une société démocratique", la Cour tient compte de la marge d'appréciation laissée aux États contractants »Note 82. Le contrôle de proportionnalité de la Cour EDH est donc un contrôle à géométrie variable, « indexé »Note 83 à la marge nationale d'appréciation qui vient en moduler l'ampleur.

**43. -**  Le contenu du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne s'ordonne, ainsi qu'on l'a vu, autour du contrôle de la pertinence et de la suffisance des motifs, auquel est rattaché ou dont est détaché, selon les cas, le contrôle de proportionnalité au sens strict. Par souci de clarté, nous distinguerons, comme le fait la Cour dans son arrêt Paradiso et Campanelli, ces deux éléments.

**A. - Le contrôle des motifs pertinents et suffisants**

**44. -**  Le principe de subsidiarité, avec son corollaire le libre choix des moyens *(*V.*n° 37)*, bride nécessairement le contrôle de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi tout comme le contrôle de la nécessité de la mesure. Ainsi, dans son arrêt Klass contre RFA, du 6 septembre 1978, à propos de mesures de surveillance secrète des personnes, la Cour affirme qu'« Elle n'a sûrement pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce que pourrait être la meilleure politique en ce domaine » *(§ 49).*

**1° Le contrôle de l'adéquation de l'atteinte à l'objectif légitime poursuivi**

**45. -**  Le contrôle de l'adéquation suppose un contrôle des moyens mais l'affirmation du libre choix des moyens revient, d'une part, à renvoyer à la marge d'appréciation de l'État la question de l'adéquation de la restriction à l'objectif poursuivi et, d'autre part, implique que le contrôle de l'adéquation de la mesure exercé par la Cour variera selon la marge d'appréciation – étroite, large, ample – reconnue à l'État. Au bout du compte, la Cour cantonne son contrôle à un « contrôle de l'existence d'un lien rationnel » Note 84 entre l'ingérence litigieuse et l'objectif légitime poursuivi et se contente, le plus souvent, de constater implicitement que la condition d'adéquation de la mesure est satisfaite en faisant mention que les motifs invoqués par l'État partie pour justifier l'ingérence sont «pertinents »Note 85. Plus rarement, la Cour procède expressément à un contrôle de l'adéquation de la mesure. L'arrêt Open Door et Dublin Well Woman et a. contre Irlande, du 29 octobre 1992Note 86, jugeant inappropriée l'interdiction faite aux associations requérantes de diffuser des informations sur la possibilité de pratiquer une IVG à l'étranger dès lors que ces informations étaient disponibles par ailleurs *(§ 76)* en fournit un bon exempleNote 87. Ou encore, plus récent, l'arrêt Costa et Pavan contre Italie, du 28 août 2012Note 88, où la Cour pointe « le manque de cohérence » du système législatif italien en matière de diagnostic préimplantatoire des embryons *(§ 64)*, l'appréciation de l'adéquation passant ainsi par une évaluation de la cohérence du dispositif national en cause.

**2° Le contrôle de la nécessité de la mesure à la réalisation de l'objectif poursuivi**

**46. -**  L'exigence de nécessité impose l'obligation pour les autorités nationales de choisir la mesure la moins attentatoire au droit garanti, la moins liberticide pour parvenir à l'objectif souhaité. Le contrôle de la nécessité de la mesure se heurte, au même titre que le contrôle de l'adéquation qu'il côtoie, au principe du libre choix des moyens qui contraint la Cour a une attitude de retenue. Le plus souvent, la Cour européenne ne recherche pas s'il existe une mesure alternative moins restrictive du droit garanti mais se limite à un « contrôle de la nécessité restreinte » à la mesure priseNote 89, qui ne doit pas être excessive par rapport à l'objectif poursuivi, le reste étant laissé à la libre appréciation de l'autorité nationale. Comme le dit la Cour dans son arrêt Klass, elle doit vérifier que la mesure en cause ne « dépasse pas les bornes de la nécessité au sens de l'article 8, § 2 » *(§ 55)*. Significatif de cette attitude de retenue est le fait que la Cour, lorsque l'ingérence dans le droit garanti dont elle a à connaître relève des « questions de société », ne contrôle pas la nécessité de la mesureNote 90 et, adoptant une démarche englobante, en vient directement à un contrôle de proportionnalité stricto sensu pour rechercher si « un juste équilibre » a été ménagé entre les intérêts concurrents.

**47. -**  Il reste, cependant, que le test de nécessité est un élément du contrôle de proportionnalité de la Cour et que celle-ci peut le mettre en mouvement pour juger qu'une mesure restrictive d'un droit garanti est disproportionnée à l'objectif légitime poursuivi parce que non nécessaire dès lors qu'une mesure moins attentatoire au droit protégé et tout aussi efficace pour la réalisation de l'objectif poursuivi pouvait s'y substituer. L'arrêt Sigurdur Sigurjonsson contre Islande, du 30 juin 1993Note 91 en donne un très bon exemple, en matière de liberté syndicale *(art. 11)*Note 92. La Cour juge que l'affiliation obligatoire à une association d'exploitants de taxi, sous peine de perdre sa licence, « ne représentait nullement l'unique moyen concevable » pour atteindre l'objectif poursuivi et que « les motifs avancés par le Gouvernement, bien que pouvant passer pour pertinents, ne suffisent pas à montrer qu'il était "nécessaire" d'astreindre le requérant » à une telle affiliation ; en conséquence, « les mesures incriminées se révèlent disproportionnées à l'objectif légitime poursuivi » *(§ 41)*. Le défaut de nécessité de la mesure emporte, par lui-même, le constat que la mesure est disproportionnée et montre bien que le test de nécessité est un élément constitutif du contrôle de proportionnalité exercé par la CourNote 93.

**48. -**  La jurisprudence récente de la Cour révèle la tendance très nette de cette dernière, dans la mise en œuvre de son contrôle de proportionnalité, de renforcer le contrôle de nécessité de la mesure. Ainsi, la Grande chambre rappelle, dans son arrêt Mouvement raëlien suisse contre Suisse du 13 juillet 2012, que « lorsqu'elles décident de restreindre les droits fondamentaux des intéressés, les autorités doivent choisir les moyens les moins attentatoires aux droits en cause » *(§ 75)* et, constatant qu'il en va ainsi en l'espèce, juge que la mesure litigieuse n'était pas disproportionnée. Plus nettement, elle consacre expressément dans son arrêt Nada contre Suisse, du 12 septembre 2012Note 94, le principe du test de nécessitéNote 95 : « pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, la possibilité de recourir à une autre mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue » *(§ 183)*. Et constate une violation du droit au respect de la vie privée et familiale *(art. 8)*. Se multiplient les exemples d'un contrôle par la Cour de la nécessité de la mesure tel que l'existence de mesures alternatives moins intrusives fonde, en totalité ou en partie, un constat de violation de la ConventionNote 96. Le juge interne serait avisé de prendre en compte le test de nécessité dans l'exercice de son contrôle de proportionnalité …

**B. - Le contrôle de la proportionnalité stricto sensu de la restriction**

**49. -**  Après avoir admis, ou supposé, que la mesure restrictive en cause est adéquate et nécessaire à l'objectif poursuivi, la Cour fait porter l'essentiel de son contrôle sur la proportionnalité stricto sensu de la mesure, afin de vérifier que celle-ci n'est pas excessive, qu'elle n'a pas fait supporter une charge démesurée à l'intéressé par rapport aux buts visés. Après avoir posé, dans son arrêt Affaire linguistique belge, du 23 juillet 1968, la règle générale que la Convention implique « un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme » *(§ 5)*Note 97, la Cour énonce expressément, dans son arrêt Young, James et Webster contre Royaume-Uni, du 13 août 1981 (*art. 11*), que la condition de proportionnalité de la restrictions aux buts poursuivis suppose « la réalisation d'un juste équilibre entre les différents intérêts en présence »(*§ 65*)Note 98 – y compris lorsqu'est en cause une obligation positiveNote 99 – et précise, dans son arrêt Sporrong et Lönnroth contre Suède, du 23 septembre 1982, que l'équilibre est rompu si la personne concernée a supporté « une charge spéciale et exorbitante » (*§ 73*)Note 100. Pour ce faire, la Cour est « appelée à mettre en balance les intérêts en présence et à en évaluer le poids respectif », au regard de l'ensemble des circonstances de l'affaireNote 101. Selon François Rigaux, la Cour fait « application de la méthode de la pesée des intérêts » et « suit la variante allemande de cette méthode, à savoir l'évaluation concrète des intérêts en présence »Note 102.

**50. -**  Au vu de la jurisprudence européenne, il est cependant moins question de « méthode » de balance des intérêts que d'une démarche empirique, d'autant que le contrôle de la proportionnalité au sens strict de la restriction est tout entier placé sous l'empire de la marge nationale d'appréciation. La Cour le reconnaît sans ambages, affirmant qu'« il appartient aux autorités nationales de dire les premières où se situe le juste équilibre à ménager dans un cas donné avant que la Cour ne procède à une évaluation en dernier ressort, et une certaine marge d'appréciation est donc laissée en principe aux États dans ce cadre »Note 103. En bref, la Cour considère que son rôle est de déterminer si la mesure litigieuse « était ‘‘proportionnée'' au but légitime poursuivi, eu égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu, exercice pour lequel l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation »Note 104.

**51. -**  Le Vice-président du Conseil d'État remarque à juste titre que la détermination de la marge d'appréciation implique « un paramétrage fin et délicatNote 105. La marge nationale d'appréciation, on le sait, est d'une étendue variable et, selon une formulation type, « dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature et l'importance du droit en cause pour la personne concernée ainsi que le caractère et la finalité de l'ingérence »Note 106, l'existence, ou non, d'un consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe étant également un élément pertinent.

**52. -**  Le jeu du couple marge nationale d'appréciation/proportionnalité stricto sensu, étroitement ancré dans les circonstances de l'espèce, échappe par nature à toute systématisation. On se bornera à dissiper l'idée fausse, parfois brandie pour dénoncer l'influence pernicieuse de la jurisprudence européenne, selon laquelle la Cour européenne, dans des affaires mettant en jeu « des questions morales ou éthiques délicates »Note 107, se substituerait volontiers au législateur national pour lui imposer ses propres « choix de société ». La jurisprudence la plus récente prouve qu'il n'en est rien et que, bien au contraire, la Cour européenne se montre très prudente lorsqu'elle a à connaître de difficiles questions de société – avortementNote 108, recours à la FIVNote 109, exposition de crucifix dans les salles de classe de l'école publiqueNote 110, droit des couples homosexuels de se marierNote 111, statut marital d'une transsexuelleNote 112, GPANote 113, interdiction du don d'embryons à des fins de recherche scientifiqueNote 114–, et choisit, dans le respect du principe de subsidiarité, de laisser la main au législateur national, conférant à l'État une large marge d'appréciation, sous réserve, toutefois, de ne pas transgresser l'interdiction de discriminationNote 115. Les arrêts de Grande Chambre SAS contre France*Note 116* et Lambert contre France*Note 117* s'inscrivent, selon nous, dans cette ligne. Dans le premier (interdiction du port du voile dans l'espace public), la Cour rappelle que « lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national » *(§ 129 et 154)*. Dans le second (situation de fin de vie), elle estime qu'elle n'a pas à se substituer au législateur national lorsqu'elle est « saisie de questions scientifiques, juridiques et éthiques complexes », telle celle de la fin de la vie *(§ 144)*.

**53. -**  Conduit, sous l'influence de la jurisprudence européenne, à exercer le contrôle de proportionnalité de l'application de la loi à l'espèce, le juge judiciaire ne saurait se contenter d'invoquer, tel un mantra, le « juste équilibre » et, somme toute, selon la jolie formule d'un auteur, de préférer « le ‘‘flair'' à la méthode » Note 118. Il a été noté, à juste titre, que « la question centrale, celle qui commande toutes les autres, est une question de méthode : selon quels modes de raisonnement réaliser la balance entre les droits et intérêts en présence, selon quels critères admettre que, dans des circonstances exceptionnelles, l'intérêt d'un individu peut justifier une exception à la règle générale »Note 119. La conceptualisation du contrôle de conventionalité qu'appelle de ses vœux le Premier président de la Cour de cassation implique de bien évaluer la « méthode » de la Cour européenne …

Note 1 B. Louvel, Réflexions à la Cour de cassation : D. 2015, p. 1326.

Note 2 B. Louvel, Entretien : JCP G 2015, act. 1122.

Note 3 Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : JurisData n° 2013-027409;D. 2014, p. 179, note F. Chénedé.

Note 4 Par ex., pour les premières décisions : Cass. 1re civ., 10 juin 2015, n° 14-20.790 : JurisData n° 2015-013923; D. 2015, p. 2365, note H. Fulchiron. – Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, n° 14-23.612 : JurisData n° 2015-022823 ; JCP G 2016, 51, M. Behar-Touchais. – Cass. 3e civ., 17 déc. 2015, n° 14-22.095 : JurisData n° 2015-028310 ; JCP G 2016, 188, avis O. Bailly ; JCP G 2016, 189, note P.-Y. Gautier.

Note 5 V. not. : P.-Y. Gautier, Eloge du syllogisme : JCP G 2015, act. 902, et Contre la « balance des intérêts » :hiérarchie des droits fondamentaux : D. 2015, p. 2189. – A. Bénabent, Un culte de la proportionnalité … un brin disproportionné ?: D. 2016, p. 137. – F. Chénedé, Contre révolution tranquille à la Cour de cassation ? : D. 2016, p. 796.

Note 6 M. Fromont, Le principe de proportionnalité : AJDA 1995, p. 156. – G. Xynopoulos, Proportionnalité in D. Alland et S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique : PUF, 2003, p. 1251.

Note 7 BVerfGE 19, 342[348], cité par G. Xynopoulos, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 179, 1995, p. 146.

Note 8 Idem.

Note 9 CEDH, 23 juill. 1968, n° 1474/62 et a., Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/Belgique.

Note 10 CEDH, 23 sept 1982, n° 7151/75, n° 7152/75, Sporrong et Lönnroth c/ Suède, § 69.

Note 11 M.-A. Eissen, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), La CEDH, commentaire article par article : LGDJ, 1995, p. 65.

Note 12 Conv. EDH, art. 8 à 11, § 2.

Note 13 Mentionnons aussi l'article 15, § 1 stipulant que les États parties ne peuvent déroger aux droits garantis que « dans la stricte mesure où la situation l'exige ».

Note 14 X. Dupré de Boulois, Regards extérieurs sur une jurisprudence en procès : JCP G 2016, doctr. 552.

Note 15 L. Cadiet, Introduction, in Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation : JCP G 2016, suppl. n° 1-2, 11 janv. 2016, p. 13.

Note 16 S. Van Drooghenbroeck, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : Bruylant, 2001, n° 222. – V. aussi, P. Muzny, La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique : PUAM, 2005.

Note 17 n° 5493/72: JurisData n° 1976-300014.

Note 18 V. aussi Affaire linguistique belge, préc. note (9), § 10.

Note 19 V. F. Sudre, La subsidiarité « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme : JCP G 2013, doctr. 1086.

Note 20 B. Louvel, préc. note (1).

Note 21 J.-M. Sauvé, Repenser le rôle du juge ordinaire, in B. Bonnet (dir), Traité des rapports entre ordres juridiques : LGDJ, 2016, p. 721.

Note 22 Rappelons, néanmoins, que la Cour exerce aussi un contrôle in abstracto, lorsqu'elle a à connaître d'une ingérence dans un droit garanti qui résulte médiatement ou directement de l'existence d'une norme législative. V., entre autres, CEDH, 6 sept. 1978, n° 5029/71, Klass c/ RFA. – CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, Marckx c/ Belgique. – CEDH, 13 févr. 2003, n° 423326/98, Odièvre c/ France, § 49.

Note 23 CEDH, 29 avr. 1979, n° 6538/74, Sunday Times c/ Royaume-Uni, § 65.

Note 24 Par ex., CEDH, 24 nov. 1986, n° 9063/80, Gillow c/ Royaume-Uni, § 57. – CEDH, gr. ch., 12 sept. 2012, n° 10593/08, Nada c/ Suisse, § 185. – CEDH, gr. ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, Paradiso et Campanelli c/Italie, § 180.

Note 25 CEDH, 5 déc. 2013, n° 32265/10, Kismoun c/ France, § 28.

Note 26 Ce double contrôle peut également être pratiqué par la Cour européenne , V. n° 9063/80,Gillow, préc., § 56-57.

Note 27 B. Louvel, Entretien, préc.note (2).

Note 28 H. Fulchiron, Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité, note ss Cass. 1re civ., 5 oct. 2016 , n° 15-25.507 : JurisData n° 2016-019909 ; D. 2016, p. 2496.

Note 29 CE, ass., 19 avr. 1991, n° 107470, Belgacem : JurisData n° 1991-042075 . – CE, 19 avr. 1991, n° 117680, Babas : JurisData n° 1991-042076 ; RFDA 1991, p. 497, concl. R. Abraham.

Note 30 CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, G. Gomez : JurisData n° 2016-010489, § 9 ; RFDA 2016, p. 740, concl A. Bretonneau ; RFDA 2016, p. 754, note P. Delvolvé.

Note 31 J.-M. Sauvé, Le juge administratif et les droits fondamentaux : AJDA 2016, p. 2424.

Note 32 Cass. 1re civ., 9 nov. 2016, n° 15-25.068 : JurisData n° 2016-022982 ; JCP G 2017, 46, V. Larribau-Terneyre.

Note 33 C. Grewe, Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : RUDH, 2004, vol. 16, p. 26.

Note 34 G. Xynopoulos, préc. note (7), p. 167.

Note 35 CEDH, 24 mars 1988, n° 10465/83, Olsson c/ Suède(n° 1).

Note 36 BVerfGE 120, 274, 318 f, cité par l'avocat général Kokott concl., 31 mai 2016, aff. C-157/15, Achbita Centrum précisant que « ‘‘Approprié'' est dans ce sens un synonyme de ‘‘proportionné au sens strict'' ».

Note 37 Par ex., CJUE, gr. ch., 8 avr. 2014, aff. C-293/12 et C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd et a., § 46 : JurisData n° 2014-008774.

Note 38 Cons. const., n° 2008-562 DC, 21 févr. 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental : JurisData n° 2008-010653. – Pour un exemple récent, Cons. const., 19 fevr. 2016, n° 2016-536 QPC, Ligue des droits de l'homme : JurisData n° 2016-002623.

Note 39 CE, ass., 26 oct. 2011, n° 317827, Assoc. pour la promotion de l'image et a. : JurisData n° 2011-023099. – CE, ass., avis, 6 juill. 2016, n° 398234, Napol et a. : JurisData n° 2016-012962 ; RFDA 2016, p. 943, note O. Le Bot.

Note 40 Cons. const., 7 juin 2013, n° 2013/319 QPC, Exception de vérité des faits diffamatoires : JurisData n° 2013-012007.

Note 41 Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : JurisData n° 2009-024431.

Note 42 CEDH, 25 mars 1985, n° 8734/79.

Note 43 N° 9063/80, Gillow c/Royaume-Uni, préc. note (24), § 55. – En dernier lieu, CEDH, gr. ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, Paradiso et Campanelli c/ Italie, § 181.

Note 44 M.-A. Eissen, préc. note (11), p. 66.

Note 45 Art. préc. note (6).

Note 46 Formule attribuée à Jellinek par Guy Braibant, Le principe de proportionnalité, Mél. Marcel Waline : LGDJ, 1974, p. 298 et à Fritz Fleiner par Michel Fromont (préc).

Note 47 CEDH, 22 oct. 1981, n° 7525/76.

Préc. note (24).

Préc. note (35).

Note 48 CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, n° 25579/05, A.B.C. c/ Irlande, § 229 ; Paradiso et Campanelli c/ Italie, préc. note (24), § 181 : « Selon la jurisprudence constante de la Cour, la notion de nécessité implique que l'ingérence corresponde à un besoin social impérieux et, en particulier, qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi eu égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu».

Note 49 Par ex., Sunday Times, préc. note (23), § 67 ; CEDH, 13 août 1981, n° 7806/77, Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, n° 7601/76, § 65.

Note 50 Préc. note (47).

Note 51 En l'espèce, la Cour juge que les motifs avancés par le gouvernement britannique étaient pertinents mais non suffisants et qu'en conséquence la restriction imposée à Mr Dudgeon était « disproportionnée aux buts recherchés » (§ 61).

Préc. note (35).

Note 52 V., parmi d'autres : CEDH, 26 févr. 2002, n° 46544/99, Kutzner c/ Allemagne, § 81.

Note 53 Par ex., CEDH, 26 nov. 1991, n° 13585/98, Observer et Guardian c/ Royaume-Uni (§ 63-64).

Note 54 Préc. note (24).

Note 55 V. § 28.

Note 56 J. Mouly et J.-P. Marguénaud, note ss CEDH, 29 févr. 2000, n° 39293/98, Fuentes Bobo c/ Espagne : D. 2001, jurispr. p. 574.

Note 57 Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, préc. note (51) : le contrôle de proportionnalité couvre tant la nécessité de la mesure (§ 64) que la proportionnalité stricto sensu (§ 65). V. aussi, entre autres, CEDH, 30 juin 1993, n° 16130/90, Sigurdur A. Sirgurjonsson (art. 11) : contrôle des motifs pertinents et suffisants (§ 41). – CEDH, 28 juin 2001, n° 24699/94, VGT Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse, (art. 10): la Cour contrôle que l'ingérence était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (§ 68).

Note 58 CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, Marckx c/ Belgique, § 31.

Note 59 CEDH, 21 févr. 1990, n° 9310/81.

Note 60 Aussi, CEDH, 17 oct. 1986, n° 9532/81, Rees c/ Royaume-Uni, §§ 37 et 42. – CEDH, 7 juill. 1989, n° 10454/83, Gaskin c/ Royaume-Uni, § 42. – CEDH, gr. ch., 11 juill. 2002, C. Goodwin c/ Royaume-Uni, § 72. – CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, n° 25579/05, A.B.C. c/ Irlande, § 247.

Note 61 En ce sens, C. Goodwin c/ Royaume-Uni (préc.), où la Cour relève qu'« aucun facteur important d'intérêt public n'entr(e) en concurrence » avec l'intérêt d'une transsexuelle à obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle (§ 93).

Note 62 V. § 29.

Note 63 Sporrong et Lönnroth c/Suède, préc. note (10), § 69, droit de propriété.

Note 64 Affaire linguistique belge, préc. note (9), § 10, droit à la non-discrimination et droit à l'instruction. – CEDH, 21 févr. 1986, n° 8793/79, James c/ Royaume-Uni, § 50 : JurisData n° 1986-300019(droit de propriété). – CEDH, 28 mai 1985, n° 8225/78, Ashingdane c/ Royaume-Uni, § 57 (droit d'accès à un tribunal).

Note 65 CEDH, 2 mars 1987, n° 9267/81, Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique, § 52 : JurisData n° 1987-300009 (droit à des élections libres).

Préc. note (9).

Note 66 James c/ Royaume-Uni, préc. note (66), § 51. – Aussi, CEDH, 19 déc. 1986, n° 10522/83, n° 11011/84, n° 11070/84, Mellacher et a. c/ Autriche, (§ 53). La démarche de la Cour est similaire pour les limitations implicites au droit d'accès à un tribunal : CEDH, 28 mai 1985, no 8225/78, Ashingdane c/ Royaume-Uni, § 57.

Note 67 CEDH, 21 juin 1988, n° 10126/82, Plattform « Arzte fur das Leben » c/ Autriche, § 34.

Note 68 N° 10126/82, préc. note (71), § 34. – V., parmi d'autres : CEDH, 9 déc. 1994, n° 16798/90, Lopez Ostra c/ Espagne, § 58 : JurisData n° 1994-604071. – CEDH, 25 avr. 1996, n° 15573/89, Gustafsson c/Suède, § 45. – CEDH, 24 juin 2004, n° 59320/00, Von Hannover c/ Allemagne, § 58.

CEDH, gr. ch., 29 avr. 1999, no 25088/94, n° 28331/95 et n° 28443/95, Chassagnou c/ France, § 113 : JurisData n° 1999-590022. – Aussi, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, n° 42326/98, Odièvre c/ France, § 49 : JurisData n° 2003-400043.

Note 69 CEDH, gr. ch., 10 avr. 2007, n° 6339/05, Evans c/ Royaume-Uni, § 77. – CEDH, 4 déc. 2007, n° 44362/04, Dickson c/Royaume-Uni, § 78 : JurisData n° 2007-007328.

Note 70 CEDH, 23 sept. 2010, n° 1620/03, Schüth c/ Allemagne , § 69 : JurisData n° 2010-028399. – Aussi, CEDH, 12 juin 2003, n° 35968/97, Van Kuck c/Allemagne.

Note 71 V. pour le conflit liberté de la presse / droit au respect de la vie privée, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2012, n° 40660/08 et n° 60641/08, Von Hannover c/Allemagne (n° 2).

Note 72 V. F. Chénedé, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation : D. 2016, p. 796. – D. Mazeaud, édito, Proportionnalité à la une : JCP G 2016, act. 1028.

Note 73 Par ex : Cass. 1re civ., 9 juill. 2003, n° 00-20.289, SA Figaro et al. c/ V : JurisData n° 2003-019816 ; D. 2004, p. 1633, obs. C. Caron. – Cass. 1re civ., 30 sept. 2015, n° 14-16.273 : JurisData n° 2015-021531 ; JCP G 2015, 1385, note P. Ducoulombier.

Note 74 L. Cadiet, op. cit. note (15), p. 13.

Note 75 Cass.1re civ., 8 déc. 2016, n° 15-27.201 : JurisData n° 2016-025730 ; Dr. famille 2017, comm. 25, avis L. Bernard de la Gatinais. – Cass. 1re civ., 9 nov. 2016, n° 15-25.068, préc. note (32). – Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-19.853 : D. 2016, p. 1980, note H. Fulchiron.

Note 76 Respectivement, Cass. 1re civ., 10 juin 2015, n° 14-20.790 : JurisData n° 2015-013923. – Cass. 3e civ., 17 déc. 2015, n° 14-22.095, préc. note (4).

Note 77 N° 43835/11, SAS c/ France : JurisData n° 2014-015213.

Note 78 Toutefois, en l'espèce (interdiction du port du voile dans l'espace public), la Cour décide de procéder à « un examen approfondi » des objectifs invoqués par le Gouvernement.

Note 79 Par ex., sur le but légitime d'une privation automatique du droit de vote pour les détenus condamnés CEDH, gr. ch., 6 oct. 2005, n° 74025/01, Hirst c/ Royaume-Uni, § 75. – Sur le but d'« utilité publique » d'une privation de propriété CEDH, 14 févr. 2006, n° 67847/01, Lecarpentier c/ France, § 49.

Note 80 Par ex, CEDH, gr. ch., 23 juin 2016, n° 20261/12, Baka c/Hongrie : JurisData n° 2016-013767. – CEDH, 30 juin 2016, n° 51362/09,Tadeucci et McCall c/ Italie : JurisData n° 2016-012928.

Note 81 Préc. note (17).

Note 82 V. entre autres, CEDH, 8 juill. 1987, n° 9749/82, W c/ Royaume-Uni, § 60 ; Olsson, préc. note (35), § 67.

Note 83 S. Van Drooghenbroeck, préc. note (16), n° 223.

Note 84 Pour reprendre les termes de V. Goesel-Le Bihan, à propos du Conseil constitutionnel : Contentieux constitutionnel : Ellipses, 2° éd., 2016, n° 168-1.

Note 85 Par ex., Dudgeon c/ Royaume-Uni, préc. note (47), § 59. – V. S. Van Drroghenbroek, préc. note (16), n° 223 et s.

Note 86 CEDH, plén., 29 oct. 1992, n° 14234/88 et n° 14235 /88.

Note 87 V. aussi, CEDH, 21 janv. 1999, n° 29183/95, Fressoz et Roire c/ France, § 53.

Note 88 N° 54270/10 : JurisData n ° 2012-028492.

Note 89 Comme le montre bien V. Goesel-Le Bihan (Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? : Jus Politicum, n° 7, 2012, p. 143-155), le Conseil constitutionnel a une démarche similaire et limite le contrôle de l'absence de mesure alternative moins contraignante aux seules atteintes graves à la liberté individuelle (Cons. const., n° 2008-562 DC, 21 févr. 2008, préc. note (38), § 17), et à la liberté de communication (Cons. const., n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, préc. note (41).

Note 90 CEDH, gr. ch., 3 nov. 2011,n° 57813/00,S.H et a. c/ Autriche : JurisData n° 2011-033455 **:**  la Cour « n'a donc pas à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales compétentes s'agissant de déterminer le meilleur moyen de réglementer les questions que pose la procréation artificielle » (§ 92) et estime que « la question essentielle qui se pose sur le terrain de l'article 8 n'est pas celle de savoir si le législateur aurait pu trouver une autre solution, peut-être plus équilibrée, mais si en retenant la solution ici critiquée il a outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait au titre de cette disposition » (§ 106).

Note 91 N° 16130/90.

Note 92 Aussi, Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, 13 août 1981, préc. note (51), §§ 64-65.

Note 93 V. aussi, pour l'article 10 : CEDH, 24 nov. 1993, n° 13914/88 et a., Informationsverein Lentia c/Autriche, § 39.

Note 94 N° 10593/08.

Note 95 Déjà énoncé par un arrêt de chambre, CEDH, 30 avr. 2009, n° 13444/04, Glor c/ Suisse, § 94.

Note 96 CEDH, 3 févr. 2009, n° 31276/05, Women On Waves c/Portugal, § 41 (art. 10). – CEDH, 22 nov. 2016, n° 4982/07, Kaos GL c/ Turquie, § 61 (art. 10) : JCP G 2016, act. 1362, F. Sudre. – CEDH, 6 déc. 2016, n° 20323/14, Kanalas c/Roumanie, § 31 (art. 8). – CEDH, 10 janv. 2017, n° 29086/12, Osmanoglu et Kocabas c/ Suisse, § 101 (art. 9) : JCP G 2017, act. 117, G. Gonzalez. – V. aussi, CEDH, 12 janv. 2016, Szabó et Vissy c/ Hongrie, n° 37138/14, § 73 : JurisData n° 2016-000129, qui subordonne désormais la compatibilité des mesures de surveillance secrète avec l'article 8 à un critère spécifique de « stricte nécessité » du moyen de surveillance non ciblée.

Note 97 V. aussi, Sporrong et Lönnroth c/Suède, préc. note (10), § 69.

Note 98 V. ultérieurement, CEDH, 25 mars 1985, n° 8734/79, Barthold c/Allemagne, § 37 (art. 10). – CEDH, 21 févr. 1986, n° 8793/79, James c/ Royaume-Uni, § 51 (art. 1, Prot 1) : JurisData n° 1986-300019.

Note 99 CEDH, 17 oct. 1986, n° 9532/81, Rees c/ Royaume-Uni, §§ 37 et 42 (art. 8).

Note 100 App. Art. 1 Prot 1. Aussi, James c/ Royaume-Uni, préc. note (99), § 50.

Note 101 CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, Sunday Times c/ Royaume-Uni, § 66.

Note 102 F. Rigaux, La liberté d'expression et ses limites : RTDH 1995-23, p. 141.

Note 103 CEDH, gr. ch., 4 déc. 2007, n° 44362/04, Dickson c/ Royaume-Uni, § 77 : JurisData n° 2007-007328.

Note 104 CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, n° 25579/05, A. B. et C. c/ Irlande, § 229.

Note 105 J.-M. Sauvé, Repenser le rôle du juge ordinaire, in B. Bonnet (dir), Traité des rapports entre ordres juridiques : LGDJ, 2016, p. 721.

Note 106 Gillow c/ Royaume-Uni, préc. note (24), § 55 ; Nada c/ Suisse, préc. note (24), § 184.

Note 107 Parmi beaucoup d'autres, et en dernier lieu, Paradiso et Campanelli, préc. note (24), § 182.

Note 108 N° 25579/05,A.B.C. c/ Irlande, préc. note (50), §§ 232- 233.

Note 109 N° 6339/05, Evans, § 81.

Note 110 CEDH, gr. ch., 18 mars 2011, n° 30814/06, Lautsi c/ Italie, § 70 : JCP G 2011, 601, G. Gonzalez.

Note 111 CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, Schalk et Kopf c/ Autriche, § 62 : JurisData n° 2010-025143.

Note 112 CEDH, gr. ch., 16 juill. 2014, n° 37359/09, Hämäläinen c/ Finlande, § 75 : JurisData n° 2014-018801.

Note 113 CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, Mennesson c/ France, § 58 : JurisData n° 2014-015212 ; JCP G 2014, 877, A. Gouttenoire. – CEDH, gr. ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, Paradiso et Campanelli, § 182.

Note 114 CEDH, 27 août 2015, n° 46470/11, Parrillo c/ Italie, §§ 175-176 : JurisData n° 2015-019342 ; JCP G 2015, 1187, G. Loiseau.

Note 115 CEDH, gr. ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07, X c/ Autriche : JurisData n° 2013-004791. – CEDH, 7 nov. 2013, n° 29381/09 et n° 32684/09, Vallianatos et a. c/ Grèce.

Note 116 CEDH, gr. ch., 1er juill. 2014, n° 43835/11, SAS c/ France : JurisData n° 2014-015213 ; JCP G 2014, 974, A. Levade.

Note 117 CEDH, gr. ch., 5 juin 2015, n° 46043/14, Lambert c/ France : JurisData n° 2015-013113 ; JCP G 2015, 805, F. Sudre.

Note 118 S. Van Drooghenbroecke, préc. note (16), spéc. n° 422.

Note 119 H. Fulchiron : D. 2016, n° 24, point de vue,

**AFFAIRE HONNER c. France (Requête no 19511/16), 12 novembre 2020**

49.  Les parties s’accordent à considérer que les liens entre la requérante et G. relèvent de la vie familiale, au sens de l’article 8 de la Convention.

50.  Tel est également le constat que fait la Cour. Elle rappelle que la question de l’existence ou de l’absence d’une vie familiale est d’abord une question de fait, qui dépend de l’existence de liens personnels étroits. La notion de « famille » visée par l’article 8 concerne non seulement les relations fondées sur le mariage, mais aussi d’autres liens « familiaux » *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital ou lorsque d’autres facteurs démontrent qu’une relation a suffisamment de constance. La Cour accepte ainsi, 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 (voir notamment *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], no 25358/12, §§ 140 et 148, 24 janvier 2017, ainsi que les références qui y figurent). Elle a notamment déclaré que la relation entre deux femmes vivant ensemble sous le régime du pacte civil de solidarité et l’enfant que la seconde d’entre elles avait conçu par procréation médicalement assistée et qu’elle élevait conjointement avec sa compagne s’analysait en une « vie familiale » au regard de l’article 8 de la Convention (voir *X et autres c. Autriche* [GC], no 19010/07, § 95, CEDH 2013, et *Gas et Dubois c. France* (déc.), no 25951/07, 31 août 2010).

51.  En l’espèce, né le 15 octobre 2007, G. est le fruit d’un projet parental élaboré entre la requérante et C., qui vivaient en couple depuis l’année 2000 et qui ont conclu un pacte civil de solidarité en avril 2009. G. a été élevé par les deux femmes avec S., fils de la requérante, jusqu’à la séparation du couple en mai 2012. Les liens qui se sont développés entre la requérante, C., S. et G durant les quatre ans et demi de leur vie commune relèvent sans aucun doute de la vie familiale au sens de l’article 8. Il en va spécialement ainsi du lien entre la requérante et G. Il ressort en effet du dossier qu’elle s’est investie dans son éducation, qu’elle s’est mise en disponibilité lorsqu’il avait quatre mois pour s’occuper au quotidien de lui et de son fils biologique, S., et qu’il l’appelait maman (paragraphes 4-5 et 7 ci-dessus). Le lien qui s’est construit entre elle et G. tient donc, *de facto*, du lien parent‑enfant.

52.  La Cour note ensuite que les parties retiennent toutes deux qu’il y a eu en l’espèce ingérence d’une autorité publique dans l’exercice par la requérante de son droit au respect de sa vie familiale, procédant ainsi à un examen du grief sous l’angle des obligations négatives que l’article 8 met à la charge des États parties.

53.  La Cour ne partage pas cette approche. Elle rappelle que, si l’article 8 de la Convention tend pour l’essentiel à prémunir l’individu contre d’éventuelles ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il engendre de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale (voir, par exemple, *Moretti et Benedetti*, précité, § 60). Elle constate ensuite que le fait que le lien entre G. et la requérante est entravé ne résulte pas d’une décision ou d’un acte d’une autorité publique mais est la conséquence de la séparation de cette dernière et de C. Il apparaît en outre que le juge interne n’a pas supprimé un droit de visite et d’hébergement dont la requérante pouvait se prévaloir à l’égard de G., mais a rejeté la demande qu’elle avait formulée sur le fondement du second alinéa de l’article 371-4 du code civil, qui donne au juge aux affaires familiales la possibilité de fixer les modalités des relations entre un enfant et d’autres personnes que ses ascendants si tel est l’intérêt de l’enfant (paragraphe 14 ci-dessus). La Cour renvoie de plus aux affaires *Moretti et Benedetti* (arrêt précité, §§ 60-71) et *V.D. et autres c. Russie* (no 72931/10, §§ 125‑131, 9 avril 2019), qui concernaient la question du maintien d’un lien familial *de facto* entre des adultes et des enfants, et qu’elle a examinées sous l’angle de l’obligation positive des États parties de garantir aux personnes relevant de leur juridiction le respect effectif de leur vie familiale, plutôt que sous l’angle de leur obligation de ne pas s’ingérer dans l’exercice de ce droit.

54.  La Cour procédera pareillement en l’espèce.

55.  Elle rappelle qu’en matière d’obligations positives comme en matière d’obligations négatives, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l’individu et de la société dans son ensemble. De même, dans les deux hypothèses, les États parties jouissent d’une certaine marge d’appréciation, laquelle est de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention (voir, parmi d’autres, *Moretti et Benedetti*, précités, §§ 60 et 63). Or tel était le cas en l’espèce dès lors notamment qu’étaient en jeu, non seulement le droit au respect de la vie familiale de la requérante mais aussi le principe de l’intérêt supérieur de l’enfant et les droits de G. au regard de l’article 8 de la Convention ainsi que les droits de C. au regard de cette disposition.

56.  La Cour rappelle également qu’elle n’a pas pour tâche de se substituer aux autorités internes, mais d’examiner sous l’angle de la Convention les décisions que ces autorités ont rendues dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire (*ibidem*, § 64).

57.  La question qui se pose en l’espèce est donc celle de savoir si, compte tenu de l’ample marge d’appréciation dont il disposait, l’État défendeur a ménagé un juste équilibre entre ces intérêts, étant entendu que l’intérêt supérieur de l’enfant doit primer.

58.  La Cour observe tout d’abord que le droit français prévoit la possibilité pour une personne ayant développé un lien familial *de facto* avec un enfant d’obtenir des mesures visant à la préservation de ce lien. L’article 371-4 du code civil permet en effet au juge aux affaires familiales de fixer les modalités des relations entre un tiers et un enfant si tel est l’intérêt de ce dernier, en particulier lorsque le tiers a résidé de manière stable avec lui et l’un de ses parents, a pourvu à son éducation ou à son entretien, et a noué avec lui des liens affectifs durables (paragraphe 14 ci‑dessus). Cette disposition s’applique notamment lorsque, comme en l’espèce, un couple se sépare alors que l’un des conjoints avait développé un lien familial avec l’enfant de l’autre.

59.  Le cadre légal français a ainsi donné à la requérante la possibilité d’obtenir un examen judiciaire de la question de la préservation du lien qu’elle avait développé avec G., possibilité dont elle a usé.

60.  La Cour constate ensuite que, procédant à cet examen, la cour d’appel de Paris a retenu que les rencontres entre la requérante et l’enfant étaient trop traumatisantes pour ce dernier, et qu’il n’était donc pas dans son intérêt de les poursuivre. Sa décision est donc fondée sur l’intérêt supérieur de l’enfant. Or, comme la Cour l’a souligné ci-dessus (paragraphe 57), l’intérêt supérieur de l’enfant doit primer.

61.  Elle relève aussi que l’arrêt de la cour d’appel de Paris est attentivement motivé, notamment en ce qui concerne la caractérisation de l’intérêt supérieur de l’enfant. La cour d’appel a en effet relevé que G., enfant fragile, se trouvait dans une situation traumatisante et culpabilisante, au centre d’un conflit entre la requérante et sa mère biologique, lesquelles ne parvenaient pas à échanger sans agressivité. Elle a également relevé que les changements de mains de l’une à l’autre se passaient mal et que G. s’était montré réticent à se rendre chez la requérante. La Cour, qui rappelle qu’elle n’a pas pour tâche de se substituer aux autorités internes pour règlementer les questions de visite et d’hébergement, ne saurait mettre en cause la conclusion que la cour d’appel a tirée de ces constats, selon laquelle il n’était pas dans l’intérêt de l’enfant de poursuivre ses rencontres avec la requérante.

62.  La présente affaire se distingue donc des affaires *V.D. et autres c. Russie* et *Moretti et Benedetti* précitées, dans lesquelles la Cour a conclu à la violation de l’article 8. La première de ces affaires concernait notamment le cas d’une personne qui s’était trouvée privée de la possibilité de maintenir le lien familial *de facto* qui s’était développé entre elle et un enfant dont elle avait été tutrice pendant plusieurs années, après le retour de ce dernier chez ses parents. La conclusion de la Cour se fonde en particulier sur le fait que, le droit russe n’ouvrant pas cette possibilité aux personnes dépourvues de lien biologiques avec l’enfant, les juridictions internes avaient rejeté la demande de la requérante tendant à l’organisation de contacts, sans même examiner les circonstances de la cause ni caractériser l’intérêt supérieur de l’enfant. Dans l’affaire *Moretti et Benedetti*, il s’agissait de parents d’accueil qui avaient vainement engagé une procédure visant à l’adoption d’un enfant qui leur avait été confié. Le constat de violation de la Cour repose notamment sur le fait que le juge interne n’avait pas motivé sa décision de rejeter la demande d’adoption.

63.  Ceci étant, la Cour note que la requérante reproche à la cour d’appel de ne pas avoir pris en compte les pièces qu’elle a produites et de s’être exclusivement fondée sur des attestations émanant de proches de C. et sur des certificats de complaisance, dont ceux établis par le docteur F., qui ont valu à ce dernier un blâme de la chambre disciplinaire de l’ordre des médecins parce qu’ils se référaient à des faits dont il n’avait pas pu lui‑même constater la réalité. Elle lui reproche également de ne pas avoir ordonné une expertise médico-psychologique et une enquête sociale et de ne pas avoir, à défaut de lui reconnaître un droit de visite et d’hébergement, pris d’autres mesures permettant le maintien de ses relations avec l’enfant telles que des rencontres médiatisées.

64.  Rien ne permet toutefois de considérer que la cour d’appel de Paris aurait omis de prendre en compte les éléments produits par la requérante. Son arrêt du 5 juin 2014 montre au contraire qu’elle a notamment fondé ses conclusions sur des témoignages relatifs au déroulement du week‑end du 31 janvier 2014, durant lequel la requérante avait accueilli G. dans son foyer, et sur une attestation de son fils S. Par ailleurs, s’agissant des certificats du docteur F., dont la fiabilité est en cause, le Gouvernement souligne pertinemment qu’il ressort de cet arrêt que la cour d’appel ne s’est pas fondée de manière déterminante sur ces documents. La Cour rappelle en outre qu’elle reconnaît aux États parties une très large marge de manœuvre en matière d’administration de la preuve, sous réserve qu’ils ne se livrent pas à l’arbitraire, et qu’il revient aux juridictions internes d’apprécier la valeur probante des éléments qui leur sont soumis (voir, dans un contexte très différent de celui de l’espèce, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, nos 79885/12 et 2 autres, §§ 150-151, 6 avril 2017). On ne saurait donc tirer de conclusion de ce que la cour d’appel de Paris a décidé qu’elle disposait de suffisamment d’éléments pour évaluer les risques que le maintien de rencontres avec la requérante représentait pour G. et n’a donc pas jugé nécessaire d’ordonner une expertise médico-psychologique ou une enquête sociale.

65.  Quant au point de vue de la requérante selon lequel la cour d’appel de Paris aurait pu alternativement organiser des rencontres médiatisées entre G. et elle, ce qui aurait permis de maintenir leur lien, il se heurte au fait que cette juridiction a retenu que, compte tenu des relations particulièrement conflictuelles entre les deux femmes et de ce que cette tension plaçait l’enfant dans une situation traumatisante, il n’était pas dans l’intérêt de ce dernier d’organiser des relations entre lui et la requérante.

66.  La Cour comprend la souffrance que la situation litigieuse et la réponse que lui a donnée la cour d’appel de Paris ont pu causer à la requérante. Elle estime cependant que ses droits ne sauraient primer sur l’intérêt supérieur de l’enfant.

67.  Partant, eu égard aussi à l’ample marge d’appréciation dont il disposait, l’État défendeur n’a pas méconnu son obligation positive de garantir le respect effectif du droit de la requérante à sa vie familiale.

68.  Il n’y a donc pas eu violation de l’article 8 de la Convention.

1. PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L’UNANIMITÉ,
2. *Déclare* la requête recevable ;
3. *Dit* qu’il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention.

**AFFAIRE CALLAMAND c. France** 7 avril 2022, *(Requête no 2338/20)***,**

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L’ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

32.  La Cour rappelle que, si l’article 8 de la Convention tend pour l’essentiel à prémunir l’individu contre d’éventuelles ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il engendre de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. Elle constate ensuite que l’atteinte alléguée à l’article 8 est la conséquence de la séparation de la requérante et de S.E. Elle ne résulte pas directement d’une décision ou d’un acte d’une autorité publique. En effet, le juge interne n’a pas supprimé un droit de visite et d’hébergement dont la requérante pouvait se prévaloir à l’égard de A. Il n’est intervenu qu’à posteriori, pour rejeter la demande qu’elle avait formulée sur le fondement du second alinéa de l’article 371-4 du code civil, qui donne au juge aux affaires familiales la possibilité de fixer les modalités des relations entre un enfant et d’autres personnes que ses ascendants si tel est l’intérêt de l’enfant. La Cour renvoie à cet égard l’affaire *Honner* précitée (§§ 53-54), dans laquelle, comme en l’espèce, la requérante se plaignait d’une violation de l’article 8 de la Convention en raison du refus du juge français de lui accorder un droit de visite et d’hébergement à l’égard de l’enfant de son ex-compagne, à l’éducation duquel elle avait contribué durant les premières années de sa vie

33.  Il convient donc d’examiner la présente affaire sous l’angle de l’obligation positive des États parties à la Convention de garantir aux personnes relevant de leur juridiction le respect effectif de leur vie privée et familiale plutôt que sous l’angle de leur obligation de ne pas s’ingérer dans l’exercice de ce droit.

34.  Dès lors que l’affaire est examinée sous l’angle des obligations positives, il n’y a pas lieu pour la Cour de rechercher si le refus du juge français d’accorder un droit de visite et d’hébergement à la requérante était prévu par la loi et poursuivait un but légitime, même si la requérante fait valoir que ces conditions ne sont pas remplies (paragraphes 25-26 ci-dessus). La Cour rappelle que, dans le contexte des obligations positives, elle a pour tâche de vérifier si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts en présence.

35.  Comme la Cour l’a souligné à de nombreuses reprises, en matière d’obligations positives comme en matière d’obligations négatives, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l’individu et de la société dans son ensemble. De même, dans les deux hypothèses, les États parties jouissent d’une certaine marge d’appréciation, laquelle est de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention (ibidem, § 55). Or tel était le cas en l’espèce dès lors notamment qu’étaient en jeu, non seulement le droit au respect de la vie familiale de la requérante mais aussi le principe de l’intérêt supérieur de l’enfant et les droits de A. au regard de l’article 8 de la Convention ainsi que les droits de S.E. au regard de cette disposition, en sa qualité de mère biologique.

36.  La Cour rappelle aussi qu’elle n’a pas pour tâche de se substituer aux autorités internes, mais d’examiner sous l’angle de la Convention les décisions que ces autorités ont rendues dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire (ibidem, § 56).

37.  La question qui se pose en l’espèce est donc celle de savoir si, compte tenu de l’ample marge d’appréciation dont il disposait, l’État défendeur a ménagé un juste équilibre entre ces intérêts, étant entendu que l’intérêt supérieur de l’enfant doit primer.

38.  La Cour observe que le rejet de la demande de la requérante tendant à  a fixation d’un droit de visite et d’hébergement à l’égard de A. a des conséquences radicales sur son droit au respect de sa vie privée et familiale puisqu’il met fin à sa relation avec l’enfant, avec lequel S.E. et elle ont vécu en famille pendant plus de deux ans, de sa naissance et jusqu’à ce que S.E. décide de quitter le domicile familial avec lui. La Cour n’exclut pas que l’équilibre requis puisse être ménagé dans un tel cas de figure, en particulier lorsqu’il y a des raisons impérieuses tenant à la préservation de l’intérêt supérieur de l’enfant. Toutefois, dès lors que la protection du droit de la requérante au respect de la vie privée et familiale au titre de l’article 8 de la Convention était également en jeu, les juridictions internes étaient tenues de mettre en balance les intérêts éventuellement concurrents et, notamment, de montrer par leur raisonnement que les préoccupations relatives à l’intérêt supérieur de l’enfant étaient d’une telle importance par rapport à l’intérêt de la requérante à au moins maintenir un contact avec lui, qu’il était justifié, au titre de l’article 8, de rejeter intégralement la demande qu’elle avait formulée sur le fondement de l’article 371-4 du code civil.

39.  La Cour ne peut que constater que ni la cour d’appel de Bordeaux ni la Cour de cassation n’ont expressément reconnu que l’affaire dont elles étaient saisies soulevait également la question de la protection du droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante au titre de l’article 8, dans le cadre de l’examen de la demande qu’elle avait formulée sur le fondement l’article 371-4 du code civil. Ainsi, il ne ressort pas suffisamment du raisonnement des juridictions internes selon quelles modalités elles ont procédé pour rechercher si un juste équilibre avait été maintenu entre des intérêts potentiellement contraires, comme l’exige la jurisprudence de la Cour.

40.  Il apparaît en fait à la lecture de l’arrêt du 3 avril 2018 que la décision de la cour d’appel de Bordeaux repose pour beaucoup sur la considération que la relation entre la requérante et A. ne relevait pas pleinement de la vie familiale. La cour d’appel a en effet retenu en conclusion de son arrêt qu’outre que la requérante ne démontrait pas pouvoir accueillir A. sereinement, elle n’avait voulu l’enfant qu’associée au vœu de sa compagne, n’avait contribué à l’élever que jusqu’à ses deux ans, et n’avait pas tenu à établir des liens de droit durables, faute d’avoir poursuivi son projet d’adoption. Or, comme elle l’a souligné au paragraphe 21 ci-dessus, la Cour estime au contraire qu’il existait entre la requérante et A. des liens personnels effectifs tenant du lien parent‑enfant, et bénéficiant de la protection de l’article 8 de la Convention.

41.  La Cour a, en tout état de cause, du mal à voir en quoi les motifs retenus par la cour d’appel mentionnés ci-dessus et la circonstance que le projet parental de S.E. a précédé sa vie en couple avec la requérante, étaient décisifs pour l’examen de la demande de la requérante, qui ne visait ni à établir un lien de filiation entre l’enfant ni à obtenir le partage de l’autorité parentale. La requérante demandait seulement la possibilité de continuer à voir, de temps en temps, un enfant à l’égard duquel elle a agi en se considérant comme un co-parent pendant plus de deux ans depuis sa naissance.

42.  La Cour relève que les juridictions internes se sont séparées sur l’issue à réserver à la demande de la requérante. Elle note que le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Bordeaux avait accordé un droit de visite et d’hébergement à la requérante (paragraphe 8 ci-dessus). De surcroît, devant la cour d’appel de Rouen, le ministère public avait conclu à la confirmation de cette décision, en proposant qu’il soit réduit au regard de l’absence de lien de parenté entre elle et l’enfant (paragraphe 9 ci-dessus).

43.  En outre, il est difficile pour la Cour de déceler dans le raisonnement de la cour d’appel, alors même qu’elle n’a pas estimé nécessaire de procéder à une évaluation psychologique de l’enfant, la raison pour laquelle elle s’est séparée de l’appréciation du tribunal de grande instance de Bordeaux et du ministre public. La cour d’appel de Bordeaux a certes relevé dans son arrêt du 3 avril 2018 qu’A. avait des difficultés, constatant que le psychologue qui la suivait avait noté un « changement chez [elle] entraînant un malaise patent ... une détresse psychique ... en lien avec les perturbations récentes ... dans son environnement ». Elle a cependant admis que, si la relation fusionnelle dont la requérante faisait état n’allait pas dans l’intérêt de l’enfant, il ne pouvait être considéré que l’attitude de la requérante était seule à l’origine des difficultés de A., notant à cet égard qu’elle était confrontée à la séparation du premier couple qu’elle avait connu, aux plaintes de sa mère sur la requérante et aux litiges induits. La requérante fait à juste titre valoir à cet égard que la cour d’appel n’a pas démontré que le fait qu’A. avait des difficultés était la conséquence de ses rencontres avec elle.

44.  La Cour relève que la présente affaire diffère de l’affaire Honner précitée, notamment parce que la conclusion de non-violation de l’article 8 de la Convention à laquelle elle est parvenue dans l’affaire Honner repose sur le constat que la décision de la cour d’appel de Paris était attentivement motivée, notamment en ce qui concernait la caractérisation de l’intérêt supérieur de l’enfant. La Cour a observé à cet égard que pour juger qu’il n’était pas dans l’intérêt de l’enfant de poursuivre ses rencontres avec la requérante, la cour d’appel de Paris avait relevé qu’il était fragile, qu’il se trouvait dans une situation traumatisante et culpabilisante, au centre d’un conflit entre la requérante et sa mère biologique, lesquelles ne parvenaient pas à échanger sans agressivité, que les changements de mains de l’une à l’autre se passaient mal et qu’il s’était montré réticent à se rendre chez la requérante. En l’espèce, il n’y a rien dans le raisonnement des juridictions nationales qui permette à la Cour de voir si la situation était comparable et, donc, de nature à conforter la conclusion selon laquelle A. devait être protégée de tout contact avec la requérante

45.  Ainsi, les motifs de l’arrêt de la cour d’appel de Bordeaux du 3 avril 2018, compte-tenu de l’étendu limitée du contrôle effectué dans le cadre du pourvoi en cassation (paragraphe 13 ci-dessus), ne démontrent pas qu’un juste équilibre ait été ménagé entre l’intérêt de la requérante à la préservation de sa vie privée et familiale, d’une part, et, d’autre part, l’intérêt supérieur de l’enfant A.

46.  Partant, il y a eu violation de l’article 8 de la Convention.

**Droit européen des droits de l’homme**

**Travaux dirigés**

**Séance n°4**

**Le renouveau de l’influence de la Cour européenne des droits de l’homme sur le droit français : l’exemple de la gestation pour autrui**

Etablissez une note de synthèse à partir des différents documents sur le sujet de la séance

**Document n°1**

**CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11,Mennesson c/ France**

• 1. La Cour observe en l’espèce qu’il n’y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d’intention et les enfants ainsi légalement conçus à l’étranger.

• 2. 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.

• 3. Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu’un aspect essentiel de l’identité des individus est en jeu dès lors que l’on touche à la filiation. Il convient donc d’atténuer la marge d’appréciation dont disposait l’État défendeur en l’espèce (…)

• 4. La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l’exception d’ordre public international, propre au droit international privé. Elle n’entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l’espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l’intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l’intérêt des requérants - dont l’intérêt supérieur des enfants - à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale (…)

• 5. Ainsi, au vu, d’une part, des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers requérants et les troisième et quatrième d’entre eux sur leur vie familiale, et, d’autre part, de la marge d’appréciation dont dispose l’État défendeur, la Cour estime que la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l’espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l’État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale (…)

• 6. Comme la Cour l’a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d’être humain, ce qui inclut sa filiation (§ 46 ci-dessus [non reproduit]) ; un aspect essentiel de l’identité des individus est en jeu dès lors que l’on touche à la filiation (§ 80 ci-dessus). Or, en l’état du droit positif, les troisième et quatrième requérantes se trouvent à cet égard dans une situation d’incertitude juridique. S’il est exact qu’un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu’il est établi par le droit californien, le refus d’accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l’état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n’est pas reconnu par l’ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu’elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française (…)

• 7. Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l’étranger à une méthode de procréation qu’elle prohibe sur son territoire (§ 62 ci-dessus [non reproduit]). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d’intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l’intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

• 8. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l’espèce, l’un des parents d’intention est également géniteur de l’enfant. Au regard de l’importance de la filiation biologique en tant qu’élément de l’identité de chacun (voir, par exemple, l’arrêt *Jäggi* précité, § 37 [non reproduit]), on ne saurait prétendre qu’il est conforme à l’intérêt d’un enfant de le priver d’un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l’enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n’a pas été admis à l’occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d’une reconnaissance de paternité ou de l’adoption ou par l’effet de la possession d’état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (§ 34 ci-dessus [non reproduit]). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l’identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu’en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu’à l’établissement en droit interne de leur lien de filiation à l’égard de leur père biologique, l’État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d’appréciation.

• 9. Étant donné aussi le poids qu’il y a lieu d’accorder à l’intérêt de l’enfant lorsqu’on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu (…)

**Document n°2**

**Arrêt n° 619 du 3 juillet 2015 (14-21.323) - Cour de cassation - Assemblée plénière -**

Mais sur le premier moyen :

Vu l’article 47 du code civil et l’article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l’état civil, ensemble l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales ;

Attendu qu’il résulte des deux premiers de ces textes que l’acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l’état civil sauf si d’autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l’acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ;

Attendu, selon l’arrêt attaqué, que K. X..., reconnu par M. X... le 10 mars 2011, est né le [...] à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. Dominique X..., de nationalité française, en qualité de père, et Mme Kristina Z..., ressortissante russe qui a accouché de l’enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s’est opposé à la demande de M. X... tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l’existence d’une convention de gestation pour autrui conclue entre M. X... et Mme Z... ;

Attendu que, pour refuser la transcription, l’arrêt retient qu’il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l’existence d’un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d’autrui conclue entre M. X... et Mme Z... ;

Qu’en statuant ainsi, alors qu’elle n’avait pas constaté que l’acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d’appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu’il rejette la demande de transcription de l’acte de naissance de K. X..., l’arrêt rendu le 15 avril 2014, entre les parties, par la cour d’appel de Rennes ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l’état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d’appel de Paris.

**Document n°3**

**Arrêt de la Cour de réexamen n°17 RDH 001 du 16 février 2018**

Attendu que M. X... et Mme Y..., de nationalité française , ont eu recours, aux Etats-Unis d’Amérique, à une convention portant sur la gestation pour le compte d’autrui, conclue avec une femme qui a accepté de porter des gamètes fécondées in vitro, provenant de M. X... et d’une amie du couple, et a donné naissance, le [...], en Californie, aux enfants V. et F., dont les actes de naissance, dressés conformément à une décision de la Cour supérieure de l’Etat de Californie, désignent M. et Mme X... comme leurs père et mère ;

Que la transcription de ces actes sur le registre du service central de l’état civil, effectuée à la demande du ministère public, a été annulée à la requête de celui-ci par arrêt de la cour d’appel de Paris du 18 mars 2010, rendu sur renvoi après cassation (1ère Civ., 17 décembre 2008, pourvoi no 07-20.468) ;

Attendu que le pourvoi formé par M. et Mme X..., agissant tant en leur nom propre qu’en leur qualité de représentants légaux des enfants V. et F., a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 2011 ;

Que, par arrêt du 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l’homme a dit qu’il y avait eu violation de l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales en raison d’une méconnaissance du droit de V. et F. X... au respect de leur vie privée ;

Attendu que la demande de réexamen a été présentée dans le délai d’un an de l’entrée en vigueur de la loi no 2016-1547 du 18 novembre 2016 fixé par l’article 42, Ill, de cette loi, à la suite de l’arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme ; que la demande est en conséquence recevable ;

Attendu que, par leur nature et leur gravité, les violations constatées entraînent pour les enfants V. et F. X... des conséquences dommageables, auxquelles la satisfaction équitable accordée par la Cour européenne des droits de l’homme n’a pas mis un terme ;

Qu’en conséquence, il convient d’ordonner le réexamen du pourvoi formé par M. et Mme X... contre l’arrêt de la cour d’appel de Paris du 18 mars 2010 et de dire, qu’en application de l’article 1031-22 du code de procédure civile, la procédure se poursuivra devant l’assemblée plénière de la Cour de cassation ;

Attendu, en revanche, que la Cour de réexamen ne tient pas de la loi le pouvoir d’annuler un arrêt rendu par la Cour de cassation ;

**PAR CES MOTIFS**,

FAIT DROIT à la demande de réexamen du pourvoi en cassation formé par M. et Mme X..., agissant en qualité de représentants légaux des enfants V. et F. X..., contre l’arrêt rendu le 18 mars 2010 par la cour d’appel de Paris ;

DIT que la procédure se poursuivra devant l’assemblée plénière de la Cour de cassation ;

REJETTE la demande d’annulation de l’arrêt rendu le 6 avril 2011 par la Cour de cassation ;

**Document n°4**

Cour de cassation, Assemblée plénière, 5 octobre 2018, 10-19.053, Publié au bulletin

LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE, a rendu l'arrêt suivant :
Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ M. Dominique Y..., 2°/ Mme Sylvie Z..., épouse Y...,domiciliés [...], et agissant en qualité de représentants légaux de leurs deux filles mineures, A... et B...,contre l'arrêt rendu le 18 mars 2010 par la cour d'appel de Paris (pôle 1, chambre 1), dans le litige les opposant au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié [...],
défendeur à la cassation ;

Par arrêt du 6 avril 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par M. et Mme Y... à l'encontre de cet arrêt ; M. et Mme Y... ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme qui, par arrêt du 26 juin 2014, a dit qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée ; Par arrêt en date du 16 février 2018, la Cour de réexamen des décisions civiles, saisie par M. et Mme Y..., a fait droit à la demande de réexamen et dit que la procédure se poursuivra devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation ;
I. - LES FAITS ET LA PROCÉDURE

Selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 mars 2010), aux termes de leurs actes de naissance américains, dressés dans le comté de San Diego (Californie) conformément à un jugement de la Cour supérieure de l'Etat de Californie du 14 juillet 2000, A...et B... Y... sont nées le [...] [...](Californie) de M. Y... et Mme Z... épouse Y..., tous deux de nationalité française. Le 25 novembre 2002, le ministère public a fait transcrire ces actes de naissance par le consulat général de France à Los Angeles (Californie).Par acte du 16 mai 2003, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil a fait assigner M. et Mme Y... en annulation de cette transcription. Par un jugement confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007, le procureur de la République a été déclaré irrecevable en son action.Cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008 (1re Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468).Par un arrêt du 18 mars 2010, la cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi après cassation, a annulé la transcription, sur le registre du service central d'état civil de Nantes, des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie) et désignant M. et Mme Y... en qualité de père et mère des enfants A...et B...Y....Pour annuler la transcription sur les registres du service d'état civil de Nantes des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie), l'arrêt constate que ces actes ont été établis sur le fondement de l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'Etat de Californie qui a déclaré M. Dominique Y..., père génétique et Mme Y..., mère légale de tout enfant à naître de Mme C... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000. Il relève que c'est à la suite d'une convention de gestation pour autrui que Mme C... a donné naissance à deux enfants qui sont issus des gamètes de M. Y... et d'une tierce personne, enfants qui ont été remis à M. et Mme Y.... Il en déduit, dès lors, que toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle en vertu de l'article 16-7 du code civil, que l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international.

Par un arrêt du 6 avril 2011 (1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053), la Cour de cassation a rejeté le pourvoide M. et Mme Y... contre cet arrêt.Ces derniers ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme, qui, par un arrêt du 26 juin 2014, a dit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit de A...et B... Y... au respect de leur vie privée et que la France devait verser une somme aux deux requérantes au titre du préjudice moral subi et des frais et dépens.Sur le fondement des articles L. 452-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire institués par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, M. et Mme Y..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs deux filles mineures, ont sollicité, par une demande du 15 mai 2017, le réexamen de cette affaire.

Par un arrêt du 16 février 2018, la Cour de réexamen des décisions civiles a fait droit à la demande et dit que l'affaire se poursuivra devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

II. - LES MOYENS Au soutien du pourvoi, objet de la demande de réexamen, M. et Mme Y..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs filles mineures, soulèvent un moyen unique qui fait grief à l'arrêt d'annuler la transcription des actes de naissance de A...et B... Y....Ils font valoir :

- que la décision étrangère qui reconnaît la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, qui ne se confond pas avec l'ordre public interne ; qu'en jugeant que l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie ayant déclaré M. Y... « père génétique » et Mme Z... « mère légale » de tout enfant devant naître de Mme C... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000 2000 était contraire à l'ordre public international, prétexte pris que l'article 16-7 du code civil frappe de nullité les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil ;

- qu'il résulte de l'article 55 de la Constitution que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés ont, sous réserve de leur application réciproque par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois et règlements ; qu'en se fondant, pour dire que c'était vainement que les consorts Y... se prévalaient de conventions internationales, notamment de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, sur la circonstance que la loi prohibe, « pour l'heure », la gestation pour autrui, la cour d'appel, qui a ainsi considéré qu'une convention internationale ne pouvait primer sur le droit interne, a violé l'article 55 de la Constitution ;
- que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'en retenant que l'annulation de la transcription des actes de naissance des enfants des époux Y... ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de ces enfants en dépit des difficultés concrètes qu'elle engendrerait, la cour d'appel, dont la décision a pourtant pour effet de priver ces enfants de la possibilité d'établir leur filiation en France, où ils résident avec les époux Y..., a violé l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant ;

- qu'il résulte des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que 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 ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants Y..., la cour d'appel, qui a ainsi privé ces enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard des époux Y... avec lesquels ils forment une véritable famille, a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme
- que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants Y... par cela seul qu'ils étaient nés en exécution d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel, qui a ainsi pénalisé ces enfants, en les privant de la nationalité de leurs parents, à raison de faits qui ne leur étaient pourtant pas imputables, a violé l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 8 de ladite Convention.

III. - MOTIFS DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Dans l'arrêt précédemment mentionné du 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'agissant du droit des enfants A...et B... Y... au respect de leur vie privée (CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, Y... c. France, n° 65192/11). Elle a considéré que si la Cour de cassation avait, à l'égard des parents, ménagé un juste équilibre entre leurs intérêts et ceux de l'Etat, en ce qui concerne leur vie privée et leur vie familiale (§ 94), il n'en était pas de même s'agissant des enfants, dont le respect de la vie privée, qui "implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation", se trouvait "significativement affecté" (§ 99). Pour expliciter cette analyse, la Cour a rappelé que si, en raison de l'absence de consensus en Europe sur la gestation pour autrui, sujet qui soulève de délicates interrogations d'ordre éthique, les Etats devaient 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 (§ 79), les choix qu'ils peuvent opérer, dans la limite de cette marge, n'échappent pas à tout contrôle (§ 81). A cet égard, s'agissant des enfants conçus selon ce mode de procréation à l'étranger, la Cour a constaté qu'en ce qui concerne l'établissement de leur filiation en France, ils se trouvaient dans une "situation d'incertitude juridique", la France leur niant la qualité d'enfants des parents d'intention dans son ordre juridique (§ 96). Elle a également relevé que ces enfants se trouvaient dans "une troublante incertitude de voir reconnaître leur nationalité française", "pareille indétermination étant de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité" (§ 97). Elle a, par ailleurs, observé que cette absence d'identification avait une conséquence sur les droits à succession de ces enfants (§ 98). Après avoir constaté que le droit au respect à la vie privée de ces enfants se trouvait significativement affecté et que se posait une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 99), la Cour a ajouté que "cette analyse prenait un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant" (§ 100). Elle en a déduit "qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'Etat défendeur était allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation (§ 100)".

2. Sur le fondement de cette analyse, la Cour de cassation a rendu, en assemblée plénière, deux arrêts par lesquels elle a modifié sa jurisprudence (Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvois n° 14-21.323 et 15-50.002, Bull. Ass. plén. 2015, n° 4). Par ces arrêts, elle a jugé que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne faisait pas en soi obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger. L'article 47 du code civil étant ainsi interprété à la lumière de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation en a déduit que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité

3. A la suite de cette jurisprudence, la première chambre civile de cette Cour a jugé, par deux arrêts du 5 juillet 2017, que viole l'article 47 précité et l'article 8 de la Convention l'arrêt qui refuse la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne le père, alors qu'il résulte des données de fait, d'un acte ou jugement étranger, que le patrimoine génétique du père d'intention a été utilisé et qu'en revanche, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de cet article 47, est la réalité de l'accouchement et qu'ainsi en fait une exacte application, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, la cour d'appel qui refuse la transcription de la filiation maternelle d'intention (1re Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025).

4. La Cour de cassation a ainsi retenu l'interprétation des arrêts Y... et Labassée, soutenue par la majeure partie de la doctrine universitaire française, selon laquelle la Cour européenne a imposé à la France de reconnaître le lien de filiation des enfants à l'égard de leur père biologique. Conformément à la règle Mater semper certa est, qui fonde le droit français de la filiation, la Cour de cassation a considéré que celui-ci ne permettait pas la transcription de l'acte de naissance en ce qui concerne la mère d'intention. Mais elle a, en même temps, opéré un revirement de jurisprudence en admettant l'adoption de l'enfant par l'époux ou l'épouse du père biologique dans les conditions prévues par la loi française pour l'adoption dans le cadre d'un mariage (1re Civ., 5 juillet 2017, n° 15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025, 16-16.455).

5. Procédant à un contrôle de conventionnalité, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que ce refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résultait de la loi au sens de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et poursuivait un but légitime en ce qu'il tendait à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et visait à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil. Elle a ensuite jugé qu'au regard de ce but légitime poursuivi, ce refus ne portait pas une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée et familiale des enfants, consacré par le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention. En effet, il est constant, d'abord, que l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité française aux enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger. Ensuite, selon une jurisprudence de la Cour de cassation initiée par deux arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015, en considération de l'intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle. Enfin, opérant un revirement de jurisprudence par ses arrêts du 5 juillet 2017, la Cour de cassation a admis le recours à l'adoption entre les enfants et l'épouse du père, qui permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant (article 353, alinéa 1, du code civil), de créer un lien de filiation à l'égard de la mère d'intention.

6. La loi française facilite l'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi, la condition posée à l'article 343-2 du code civil, qui prévoit que l'adoptant doit être âgé de plus de vingt-huit ans, ne s'applique pas dans ce cas. Il en est de même de la condition exigée par l'article 348-5 concernant l'adoption d'un enfant de moins de deux ans, selon laquelle ce dernier doit avoir été effectivement remis à l'aide sociale à l'enfance. Par ailleurs, la différence d'âge exigée entre l'adoptant et l'adopté est de dix ans, au lieu de quinze dans le régime de droit commun. Le consentement du conjoint est nécessaire à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté (article 343-1, second alinéa). L'enfant doit également consentir à son adoption s'il a plus de treize ans. L'adoption est prononcée par une juridiction judiciaire "si les conditions de la loi sont remplies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant" (article 353, alinéa 1). La loi a également aménagé les effets de cette adoption plénière spécifique. En effet, le second alinéa de l'article 356 du code civil prévoit que l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille, et produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux. Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, l'article 310 du code civil pose le principe selon lequel "tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère".

7. Si la question de la transcription de la paternité biologique est aujourd'hui résolue, il n'en est pas de même de celle de la maternité d'intention, pour laquelle la Cour de cassation s'interroge sur l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats signataires de la Convention. La question qui se pose est, d'abord, de savoir si, en refusant de transcrire l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français s'agissant de la mère d'intention, alors que la transcription a été admise pour le père biologique de l'enfant, un Etat-partie méconnaît l'article 8 de la Convention à l'égard tant de la mère d'intention que des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. A cet égard, la Cour de cassation s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Enfin, se pose la question de savoir si la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d'établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention.

8. Il résulte de ce qui précède qu'il convient d'adresser une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme.

PAR CES MOTIFS : ADRESSE A LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME UNE DEMANDE D'AVIS CONSULTATIF SUR LES QUESTIONS SUIVANTES :

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

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

SURSOIT à statuer jusqu'à l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme ;
Réserve les dépens ; Dit qu'une expédition du présent arrêt ainsi qu'un dossier, comprenant notamment la décision attaquée, seront transmis par le directeur de greffe de la Cour de cassation au greffier de la Cour européenne des droits de l'homme ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, et prononcé le cinq octobre deux mille dix-huit par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

**Document n°5**

**Cour européenne des droits de l’homme Avis consultatif** **relatif à la reconnaissance en droit interne d’un lien de filiation entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention demandé par la Cour de cassation française (*Demande no P16-2018-001*)**

L’AVIS DE LA COUR

I.CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

25.  La Cour rappelle que, comme l’indique le préambule du Protocole no 16, la procédure d’avis consultatif a pour but de renforcer l’interaction entre elle et les autorités nationales et de consolider ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité, en donnant la possibilité aux juridictions nationales désignées de lui demander un avis sur « des questions de principe relatives à l’interprétation ou à l’application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles » (article 1 § 1 du Protocole no 16) qui se posent « dans le cadre d’une affaire pendante devant elle[s] » (article 1 § 2 du Protocole no 16). L’objectif de la procédure n’est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu’elle jugera le litige en instance (voir le point 11 du rapport explicatif). La Cour n’est compétente ni pour se livrer à une analyse des faits, ni pour apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l’interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention, ni pour se prononcer sur l’issue de la procédure. Son rôle se limite à rendre un avis en rapport avec les questions qui lui ont été soumises. C’est à la juridiction dont émane la demande qu’il revient de résoudre les questions que soulève l’affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l’avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l’affaire et pour l’issue de l’affaire.

26.  La Cour déduit par ailleurs de l’article 1 §§ 1 et 2 du Protocole no 16 que les avis qu’elle est amenée à rendre en application de ce protocole doivent se limiter aux points qui ont un lien direct avec le litige en instance au plan interne. Leur intérêt est également de fournir aux juridictions nationales des orientations sur des questions de principe relatives à la Convention applicables dans des cas similaires.

27.  La présente demande d’avis consultatif s’inscrit dans le contexte d’une procédure interne visant au réexamen du pourvoi en cassation des requérants dans l’affaire *Mennesson*, affaire dans laquelle la Cour a conclu qu’il n’y avait pas eu violation du droit au respect de la vie familiale des requérants mais du droit au respect de la vie privée des enfants (paragraphe 11 ci-dessus). Il apparaît ainsi que le litige interne porte sur la reconnaissance dans l’ordre juridique français, eu égard au droit au respect de la vie privée des enfants, d’un lien de filiation entre une mère d’intention et des enfants nés à l’étranger par gestation pour autrui et issus des gamètes du père d’intention et d’une tierce donneuse, dans un cas où l’acte de naissance étranger peut faire l’objet d’une transcription en ce qu’il désigne le père d’intention dès lors qu’il est le père biologique des enfants.

28.  Le litige interne ne concerne donc pas le cas où l’enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger est issu des gamètes de la mère d’intention.

29.  Il en résulte également que l’avis ne concernera pas le cas où il y a eu procréation pour autrui, c’est-à-dire où l’enfant est issu des gamètes de la mère porteuse. Les questions de la Cour de cassation ne visent du reste pas cette situation.

30.  Il en résulte de plus que l’avis ne portera ni sur le droit au respect de la vie familiale des enfants ou des parents d’intention, ni sur le droit au respect de la vie privée des parents d’intention.

31.  L’avis de la Cour portera en conséquence sur deux points.

32.  Il portera en premier lieu sur la question de savoir si le droit au respect de la vie privée, au sens de l’article 8 de la Convention, d’un enfant né à l’étranger à l’issue d’une gestation pour autrui, qui requiert la reconnaissance en droit interne du lien de filiation entre celui-ci et le père d’intention lorsqu’il est le père biologique, requiert également la possibilité d’une reconnaissance en droit interne d’un lien de filiation entre cet enfant et la mère d’intention, désignée dans l’acte de naissance légalement établi à l’étranger comme étant la « mère légale », dans la situation où l’enfant a été conçu avec les gamètes d’une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l’enfant et le père d’intention a été reconnu en droit interne.

33.  Il portera en second lieu sur la question de savoir si, dans l’affirmative, le droit au respect de la vie privée de l’enfant, au sens de l’article 8 de la Convention, requiert que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l’état civil de l’acte de naissance légalement établi à l’étranger, ou s’il admet qu’elle puisse se faire par d’autres moyens, tels que l’adoption de l’enfant par la mère d’intention.

34.  Pour formuler son avis, la Cour prendra dûment en compte les observations écrites et les pièces produites par les divers participants à la procédure (paragraphes 4-6 ci-dessus). Elle souligne toutefois qu’il ne s’agit pas pour elle de répondre à chacun des moyens et arguments qui lui sont soumis, ni de développer en détail les fondements de sa réponse, dès lors que, en application du Protocole no 16, son rôle n’est pas de statuer contradictoirement sur des requêtes contentieuses par un arrêt ayant force obligatoire mais, dans un délai aussi rapide que possible, de fournir à la juridiction qui a procédé à la demande une orientation lui permettant de garantir le respect des droits de la Convention lorsqu’elle jugera le litige en instance.

II.SUR LE PREMIER POINT

35.  Il résulte de la jurisprudence de la Cour que l’article 8 de la Convention demande que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et le père d’intention lorsqu’il est le père biologique. Comme indiqué précédemment, la Cour a en effet expressément conclu dans l’arrêt *Mennesson* précité que l’absence d’une telle possibilité emportait violation du droit de l’enfant au respect de sa vie privée, tel qu’il se trouve garanti par cette disposition (*Mennesson*, précité, §§ 100-101; voir aussi*Labassee c. France*, no [65941/11](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2265941/11%22]}), 26 juin 2014, ainsi que *Foulon et Bouvet* *c. France*, nos [9063/14](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%229063/14%22]}) et [10410/14](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2210410/14%22]}), 21 juillet 2016, et *Laborie c. France*, no [44024/13](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2244024/13%22]}), 19 janvier 2017).

36.  En rapport avec ce qui précède, la Cour relève qu’à ce jour, sa jurisprudence met un certain accent sur l’existence d’un lien biologique entre l’enfant et au moins l’un des parents d’intention (voir les arrêts cités ci-dessus, ainsi que l’arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC] (no [25358/12](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2225358/12%22]}), § 195, 24 janvier 2017). Elle rappelle à cet égard que la question à examiner en l’espèce inclut explicitement un élément factuel selon lequel le père d’intention a un lien biologique avec l’enfant concerné. La Cour va circonscrire sa réponse en conséquence. Elle précise toutefois qu’elle pourrait être appelée à l’avenir à développer sa jurisprudence dans ce domaine, étant donné en particulier l’évolution de la question de la gestation pour autrui.

37.  Pour se prononcer dans le cadre de la présente demande d’avis consultatif (paragraphes 32, 34 et 36 ci-dessus) sur la question de savoir si l’article 8 de la Convention requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention deux facteurs ont un poids particulier : l’intérêt supérieur de l’enfant et l’étendue de la marge d’appréciation dont disposent les États parties.

38.  S’agissant du premier facteur, la Cour se réfère au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d’un enfant est en cause, l’intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, en particulier, *Paradiso et Campanelli*, précité, § 208, *X c. Lettonie* [GC], no [27853/09](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2227853/09%22]}), § 95, CEDH 2013, *Mennesson*, précité, §§ 81 et 99, *Labassee*, précité, §§ 60 et 78, et *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, no [76240/01](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2276240/01%22]}), § 133, 28 juin 2007).

39. La Cour a admis dans les arrêts *Mennesson* (précité, § 99) et *Labassee* (précité, § 78) qu’il était « concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l’étranger à une méthode de procréation qu’elle prohibe sur son territoire ». Elle a toutefois relevé que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d’intention ne se limitaient pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée se trouve significativement affecté.

40.  L’absence de reconnaissance d’un lien de filiation entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention a ainsi des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l’enfant au respect de la vie privée. D’un point de vue général, comme la Cour l’a relevé dans les arrêts *Mennesson* et *Labassee* précités, l’absence de reconnaissance en droit interne du lien entre l’enfant et la mère d’intention défavorise l’enfant dès lors qu’il le place dans une forme d’incertitude juridique quant à son identité dans la société (§§ 96 et 75 respectivement). Il y a notamment un risque qu’il n’ait pas l’accès à la nationalité de la mère d’intention dans les conditions que garantit la filiation, cela peut compliquer son maintien sur le territoire du pays de résidence de la mère d’intention (même si ce risque n’existe pas dans le cas soumis à l’examen de la Cour de cassation, le père d’intention, qui est aussi le père biologique, ayant la nationalité française), ses droits successoraux à l’égard de celle-ci peuvent être amoindris, il se trouve fragilisé dans le maintien de sa relation avec la mère d’intention en cas de séparation des parents d’intention ou de décès du père d’intention, et il n’est pas protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d’intention de le prendre en charge.

41.  La Cour est consciente de ce que, dans le contexte de la gestation pour autrui, l’intérêt supérieur de l’enfant ne se résume pas au respect de ces aspects de son droit à la vie privée. Il inclut d’autres éléments fondamentaux, qui ne plaident pas nécessairement en faveur de la reconnaissance d’un lien de filiation avec la mère d’intention, tels que la protection contre les risques d’abus que comporte la gestation pour autrui (voir *Paradiso et Campanelli*, précité, § 202) et la possibilité de connaitre ses origines (voir, par exemple, *Mikulić c. Croatie*, no [53176/99](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2253176/99%22]}), §§ 54-55, CEDH 2002‑I).

42.  Au vu des éléments indiqués au paragraphe 40 ci-dessus et du fait que l’intérêt supérieur de l’enfant comprend aussi l’identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l’élever, de satisfaire à ses besoins et d’assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d’évoluer dans un milieu stable, la Cour considère toutefois que l’impossibilité générale et absolue d’obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention n’est pas conciliable avec l’intérêt supérieur de l’enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise.

43.  S’agissant du second facteur, comme la Cour l’a rappelé dans les arrêts *Mennesson* (précité, § 77) et *Labassee* (précité, § 57), l’étendue de la marge d’appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l’absence d’un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un élément pertinent à cet égard. Ainsi, lorsqu’il n’y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l’Europe, que ce soit sur l’importance relative de l’intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l’affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d’appréciation est large. Or il ressort de l’étude de droit comparé susmentionnée que, malgré une certaine évolution vers la possibilité d’une reconnaissance juridique du lien de filiation entre les enfants nés d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et les parents d’intention, il n’y a pas consensus en Europe sur cette question (paragraphe 23 ci-dessus).

44.  La Cour a toutefois également rappelé dans ces mêmes arrêts (§§ 77 et 80, et §§ 56 et 59 respectivement) que, lorsqu’un aspect particulièrement important de l’identité d’un individu se trouve en jeu, comme lorsque l’on touche à la filiation, la marge laissée à l’État est d’ordinaire restreinte. Elle en a déduit qu’il convenait d’atténuer la marge d’appréciation dont disposait l’État défendeur (*ibidem*).

45.  Ce qui est en jeu dans le contexte de la reconnaissance d’un lien de filiation entre des enfants nés à l’issue d’une gestation pour autrui et les parents d’intention dépasse en réalité la question de l’identité de ces enfants. D’autres aspects essentiels de leur vie privée sont concernés dès lors que sont en question l’environnement dans lequel ils vivent et se développent et les personnes qui ont la responsabilité de satisfaire à leurs besoins et d’assurer leur bien-être (voir aussi les paragraphes 40-42 ci-dessus). Ceci conforte le constat de la Cour quant à la réduction de la marge d’appréciation.

46.  En somme, vu les exigences de l’intérêt supérieur de l’enfant et la réduction de la marge d’appréciation, la Cour est d’avis que, dans une situation telle que celle visée par la Cour de cassation dans ses questions (paragraphes 9 et 32 ci-dessus) et délimitée par la Cour au paragraphe 36 ci-dessus, le droit au respect de la vie privée, au sens de l’article 8 de la Convention, d’un enfant né à l’étranger à l’issue d’une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d’un lien de filiation entre cet enfant et la mère d’intention, désignée dans l’acte de naissance légalement établi à l’étranger comme étant la « mère légale ».

47.  Bien que le litige interne ne concerne pas le cas d’un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et conçu avec les gamètes de la mère d’intention, la Cour juge important de préciser que, lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige, la nécessité d’offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l’enfant et la mère d’intention vaut *a fortiori* dans un tel cas.

III.SUR LE SECOND POINT

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

49.  Il est dans l’intérêt de l’enfant qui est dans cette situation que la durée de l’incertitude dans laquelle il se trouve quant à sa filiation à l’égard de la mère d’intention soit aussi brève que possible. Comme indiqué précédemment, tant que le lien entre lui et celle-ci n’est pas reconnu en droit interne sa situation se trouve fragilisée s’agissant de plusieurs aspects de son droit au respect de la vie privée (paragraphe 40 ci-dessus).

50.  On ne saurait toutefois en déduire que les États parties soient tenus d’opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l’étranger.

51.  La Cour constate en effet qu’il n’y a pas de consensus européen sur cette question : lorsque l’établissement ou la reconnaissance du lien entre l’enfant et le parent d’intention est possible, leurs modalités varient d’un État à l’autre (paragraphe 24 ci-dessus). Elle observe ensuite que l’identité de l’individu est moins directement en jeu lorsqu’il s’agit non du principe même de l’établissement ou de la reconnaissance de sa filiation mais des moyens à mettre en œuvre à cette fin. La Cour estime en conséquence que le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d’intention tombe dans la marge d’appréciation des États.

52.  Outre ce constat relatif à la marge d’appréciation, la Cour considère que l’article 8 de la Convention n’impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître *ab initio* un lien de filiation entre l’enfant et la mère d’intention. Ce que requiert l’intérêt supérieur de l’enfant – qui s’apprécie avant tout *in concreto* plutôt qu’*in abstracto* – c’est que ce lien, légalement établi à l’étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu’il s’est concrétisé. Il appartient en principe non pas à la Cour mais en premier lieu aux autorités nationales d’évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l’espèce, si et quand ce lien s’est concrétisé.

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

54.  Ce qui compte c’est qu’au plus tard lorsque, selon l’appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l’enfant et la mère d’intention s’est concrétisé (paragraphe 52 ci-dessus), il y ait un mécanisme effectif permettant la reconnaissance de ce lien. Une procédure d’adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l’enfant soit maintenu longtemps dans l’incertitude juridique quant à ce lien. Il va de soi que ces conditions doivent inclure une appréciation par le juge de l’intérêt supérieur de l’enfant à la lumière des circonstances de la cause.

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

56.  La Cour de cassation indique dans sa demande d’avis que la loi française facilite l’adoption de l’enfant du conjoint (paragraphe 14 ci-dessus). Il peut s’agir d’une adoption plénière ou d’une adoption simple.

57.  Le gouvernement français fait ainsi valoir qu’entre le 5 juillet 2017 et le 2 mai 2018 la quasi-totalité des demandes d’adoption entre conjoints concernant des enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui ont été satisfaites. La Cour relève cependant que cette procédure n’est ouverte qu’aux parents d’intention mariés. De plus, il ressort notamment des observations en intervention du Défenseur des droits que des incertitudes persistent quant aux modalités de l’adoption de l’enfant du conjoint dans ce contexte, s’agissant par exemple de la nécessité d’obtenir le consentement préalable de la mère porteuse.

58.  Ceci étant, il n’appartient pas à la Cour de se prononcer dans le cadre de son avis consultatif sur l’adéquation du droit français de l’adoption avec les critères énoncés aux paragraphes 54-55 ci-dessus. Il revient au juge interne de le faire (paragraphe 25 ci-dessus), en tenant compte de la situation fragilisée dans laquelle se trouvent les enfants tant que la procédure d’adoption est pendante.

59.  Enfin, la Cour est consciente de la complexité des questions que pose la gestation pour autrui. Elle observe que la conférence de La Haye de droit international privé a entrepris des travaux destinés à proposer une convention internationale permettant d’y répondre sur la base de principes acceptés par les États qui adhéreront à cet instrument (paragraphe 20 ci-dessus).

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L’UNANIMITÉ,

*Rend l’avis* suivant :

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

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

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

**Document n°6**

**Arrêt n°648 du 4 octobre 2019 (10-19.053) -Cour de cassation - Assemblée plénière**

**I. FAITS ET PROCÉDURE**

1. Selon l’arrêt attaqué (Paris, 18 mars 2010), aux termes de leurs actes de naissance américains, dressés dans le comté de San Diego (Californie) conformément à un jugement de la Cour supérieure de l’Etat de Californie du 14 juillet 2000, A... et B... X... sont nées le [...] à La Mesa (Californie) de M. C... X... et Mme D... X..., son épouse, tous deux de nationalité française.

Le 25 novembre 2002, le ministère public a fait transcrire ces actes de naissance par le consulat général de France à Los Angeles (Californie).

Par acte du 16 mai 2003, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil a assigné M. et Mme X... en annulation de cette transcription.

Par un jugement du 13 décembre 2005, confirmé par un arrêt de la cour d’appel de Paris du 25 octobre 2007, le procureur de la République a été déclaré irrecevable en son action.

Cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008 (1re Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468).

Par un arrêt du 18 mars 2010, la cour d’appel de Paris, statuant sur renvoi après cassation, a annulé la transcription, sur les registres du service central d’état civil de Nantes, des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie) et désignant M. C... X... et Mme D... X... en qualité de père et mère des enfants A... X... et B... X....

Par un arrêt du 6 avril 2011 (1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par M. et Mme X... à l’encontre de cet arrêt.

Ces derniers ont saisi la Cour européenne des droits de l’homme, qui, par un arrêt du 26 juin 2014, a dit qu’il y a eu violation de l’article 8 de la Convention s’agissant du droit de A... et B... X... au respect de leur vie privée et que l’Etat français devait verser une somme aux deux requérantes au titre du préjudice moral subi et des frais et dépens.

Sur le fondement des articles L. 452-1 et suivants du code de l’organisation judiciaire institués par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, M. et Mme X..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs deux filles mineures, ont demandé le réexamen de ce pourvoi.

Par une décision du 16 février 2018, la Cour de réexamen des décisions civiles a fait droit à la demande et dit que l’affaire se poursuivra devant l’assemblée plénière de la Cour de cassation.

Par un arrêt avant dire droit du 5 octobre 2018, l’assemblée plénière de la Cour de cassation a transmis à la Cour européenne des droits de l’homme une demande d’avis consultatif sur les questions suivantes :

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

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

L’assemblée plénière a sursis à statuer jusqu’à l’avis de la Cour européenne des droits de l’homme.

La Cour européenne des droits de l’homme a rendu son avis consultatif le 10 avril 2019.

Par un mémoire du 15 avril 2019, Mmes A... et B... X... ont fait valoir qu’elles entendaient, en application des articles 369 et 373 du code de procédure civile, reprendre l’instance qui avait été initiée par leurs représentants légaux, avec toutes leurs écritures.

Le 24 avril 2019, la SCP Marc Lévis a formé une intervention volontaire au nom de l’association Arcilesbica. Un mémoire a été déposé le 6 septembre 2019.

2. Au soutien du pourvoi, objet de la demande de réexamen, Mmes A... et B... X... ainsi que M. et Mme X... soulèvent un moyen unique qui fait grief à l’arrêt d’annuler la transcription des actes de naissance de A... et B... X....

Ils font valoir :

- que la décision étrangère qui reconnaît la filiation d’un enfant à l’égard d’un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n’est pas contraire à l’ordre public international, lequel ne se confond pas avec l’ordre public interne ; qu’en jugeant que l’arrêt de la Cour supérieure de l’Etat de Californie ayant déclaré M. X... « père génétique » et Mme Z..., épouse X..., « mère légale » de tout enfant devant naître de Mme E... entre le 15 août et le 15 décembre 2000 était contraire à l’ordre public international, prétexte pris que l’article 16-7 du code civil frappe de nullité les conventions portant sur la gestation pour le compte d’autrui, la cour d’appel a violé l’article 3 du code civil ;

- qu’il résulte de l’article 55 de la Constitution que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés ont, sous réserve de leur application réciproque par l’autre partie, une autorité supérieure à celle des lois et règlements ; qu’en se fondant, pour dire que c’était vainement que les consorts X... se prévalaient de conventions internationales, notamment de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l’enfant, sur la circonstance que la loi prohibe, « pour l’heure », la gestation pour autrui, la cour d’appel, qui a ainsi considéré qu’une convention internationale ne pouvait primer sur le droit interne, a violé l’article 55 de la Constitution ;

- que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l’intérêt supérieur de l’enfant doit être une considération primordiale ; qu’en retenant que l’annulation de la transcription des actes de naissance des enfants des époux X... ne méconnaissait pas l’intérêt supérieur de ces enfants en dépit des difficultés concrètes qu’elle engendrerait, la cour d’appel, dont la décision a pourtant pour effet de priver ces enfants de la possibilité d’établir leur filiation en France, où ils résident avec les époux X..., a violé l’article 3, § 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l’enfant ;

- qu’il résulte des dispositions de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme que 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 ; qu’en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X..., la cour d’appel, qui a ainsi privé ces enfants de la possibilité d’établir en France leur filiation à l’égard des époux X... avec lesquels ils forment une véritable famille, a violé l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme ;

- que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l’homme, l’article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables ; qu’en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X... par cela seul qu’ils étaient nés en exécution d’une convention portant sur la gestation pour le compte d’autrui, la cour d’appel, qui a ainsi pénalisé ces enfants, en les privant de la nationalité de leurs parents, à raison de faits qui ne leur étaient pourtant pas imputables, a violé l’article 14 de la Convention européenne des droits de l’homme combiné avec l’article 8 de ladite Convention.

II. RECEVABILITÉ DE L’INTERVENTION VOLONTAIRE DE L’ASSOCIATION ARCILESBICA

3. En application du deuxième alinéa de l’article 327 du code de procédure civile, seule est admise devant la Cour de cassation l’intervention volontaire formée à titre accessoire. Selon l’alinéa premier de l’article 330 du même code, l’intervention est accessoire lorsqu’elle appuie les prétentions d’une partie. Il ressort du mémoire produit par l’association Arcilesbica que son intervention volontaire ne vient pas en soutien de Mmes A... et B... X... et de M. et Mme X.... Aucune autre partie n’ayant produit de mémoire, cette intervention volontaire est irrecevable.

III. EXAMEN DU MOYEN

Vu l’article 55 de la Constitution :

Vu l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales et l’article 3, § 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l’enfant :

Vu l’avis consultatif de la Cour européenne des droits de l’homme du 10 avril 2019 :

4. Dans son avis consultatif, la Cour européenne des droits de l’homme énonce que chaque fois que la situation d’un enfant est en cause, l’intérêt supérieur de celui-ci doit primer (§ 38). Or, l’absence de reconnaissance du lien de filiation entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention a des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l’enfant au respect de la vie privée (§ 40). Au vu de ces éléments et du fait que l’intérêt supérieur de l’enfant comprend aussi l’identification, en droit, des personnes qui ont la responsabilité de l’élever, de satisfaire à ses besoins et d’assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d’évoluer dans un milieu stable, la Cour européenne des droits de l’homme considère que l’impossibilité générale et absolue d’obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention n’est pas conciliable avec l’intérêt supérieur de l’enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise (§ 42). Selon la Cour, il va de soi que ces conditions doivent inclure une appréciation par le juge de l’intérêt supérieur de l’enfant à la lumière des circonstances de la cause (§ 54).

5. Dès lors, la Cour européenne des droits de l’homme est d’avis que “dans la situation où, comme dans l’hypothèse formulée dans les questions de la Cour de cassation, un enfant est né à l’étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d’intention et d’une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l’enfant et le père d’intention a été reconnu en droit interne :/ 1. Le droit au respect de la vie privée de l’enfant, au sens de l’article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d’un lien de filiation entre cet enfant et la mère d’intention, désignée dans l’acte de naissance légalement établi à l’étranger comme étant la “mère légale” ; / 2. Le droit au respect de la vie privée de l’enfant, au sens de l’article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l’état civil de l’acte de naissance légalement établi à l’étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l’adoption de l’enfant par la mère d’intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l’effectivité et la célérité de sa mise en oeuvre, conformément à l’intérêt supérieur de l’enfant”.

6. Il se déduit ainsi de l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales qu’au regard de l’intérêt supérieur de l’enfant, la circonstance que la naissance d’un enfant à l’étranger ait pour origine une convention de gestation pour autrui, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l’enfant, faire obstacle à la transcription de l’acte de naissance établi par les autorités de l’Etat étranger, en ce qui concerne le père biologique de l’enfant, ni à la reconnaissance du lien de filiation à l’égard de la mère d’intention mentionnée dans l’acte étranger, laquelle doit intervenir au plus tard lorsque ce lien entre l’enfant et la mère d’intention s’est concrétisé.

7. Pour annuler la transcription sur les registres du service d’état civil de Nantes des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie) et désignant M. et Mme X... en qualité de père et mère des enfants A... et B... X..., l’arrêt retient que ces actes ont été établis sur le fondement de l’arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l’Etat de Californie qui a déclaré M. C... X..., père génétique et Mme D... Z..., “mère légale de tout enfant qui naîtrait de Mme E... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000". Il ajoute que c’est à la suite d’une convention de gestation pour autrui que Mme E... a donné naissance à deux enfants qui sont issus des gamètes de M. X... et d’une tierce personne, enfants qui ont été remis à M. et Mme X.... Dès lors que toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d’autrui est nulle en vertu de l’article 16-7 du code civil, il conclut que l’arrêt de la Cour supérieure de l’Etat de Californie, en ce qu’il a validé indirectement une gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l’ordre public international.

8. En statuant ainsi, par des motifs fondés sur l’existence d’une convention de gestation pour autrui à l’origine de la naissance des enfants, la cour d’appel a violé les textes susvisés.

9. En application de l’article L. 411-3, alinéa 2, du code de l’organisation judiciaire et de l’article 627 du code de procédure civile, la Cour de cassation peut, en matière civile, statuer au fond lorsque l’intérêt d’une bonne administration de la justice le justifie.

IV. RÈGLEMENT AU FOND

Sur la recevabilité de l’action du ministère public

10. Il résulte de l’article 423 du code de procédure civile que le ministère public peut agir pour la défense de l’ordre public à l’occasion de faits qui portent atteinte à celui-ci. Le jugement déféré doit donc être infirmé.

Sur la demande du ministère public en annulation de la transcription

Sur la demande du ministère public en annulation de la transcription de l’acte de naissance des enfants à l’égard du père biologique

11. Il résulte de ce qui a été dit aux paragraphes 4, 5 et 6 que l’acte de naissance doit être transcrit en ce qui concerne la filiation paternelle biologique. En l’espèce, il ressort des éléments du dossier que l’arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l’Etat de Californie a déclaré M. C... X..., père génétique des deux enfants, qui sont issues des gamètes de ce dernier et d’une tierce personne. Il convient, en conséquence, de rejeter la demande formée par le procureur général près la cour d’appel de Paris en annulation de la transcription des actes de naissance de A... et B... X... en ce qu’elles sont nées de M. C... X....

Sur la demande du ministère public en annulation de la transcription de l’acte de naissance à l’égard de Mme X..., mère d’intention des deux enfants, et sur les demandes de Mmes A... et B... X...

12. Il résulte de l’avis consultatif de la Cour européenne des droits de l’homme que, s’agissant de la mère d’intention, les Etats parties ne sont pas tenus d’opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l’étranger (§ 50). En effet, il n’y a pas de consensus européen sur cette question. Lorsque l’établissement ou la reconnaissance du lien entre l’enfant et le parent d’intention est possible, leurs modalités varient d’un Etat à l’autre. Il en résulte que, selon la Cour, le choix des moyens à mettre en oeuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d’intention tombe dans la marge d’appréciation des Etats (§ 51).

13. Selon l’avis consultatif, l’impossibilité générale et absolue d’obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention n’est pas conciliable avec l’intérêt supérieur de l’enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise, ces conditions devant inclure une appréciation in concreto par le juge de l’intérêt supérieur de l’enfant (§ 52 et 54).

14. En droit français, en application de l’article 310-1 du code civil, la filiation est légalement établie par l’effet de la loi, par la reconnaissance volontaire, ou par la possession d’état constatée par un acte de notoriété. Elle peut l’être aussi par un jugement. Par ailleurs, la filiation peut être également établie, dans les conditions du titre VIII du code civil, par l’adoption, qu’elle soit plénière ou simple.

15. En considération de l’existence de ces modes d’établissement de la filiation, la 1re chambre civile de la Cour de cassation, par quatre arrêts du 5 juillet 2017 (1re Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28.597, Bull. 2017, I, n° 163, n° 16-16.901 et n° 16-50.025, Bull. 2017, I, n° 164, n° 16-16.455, Bull. 2017, I, n° 165 ) a jugé que l’adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l’intérêt de l’enfant, de créer un lien de filiation entre l’enfant et la mère d’intention, épouse du père biologique. Selon l’avis consultatif, l’adoption répond notamment aux exigences de l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales dès lors que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l’enfant soit maintenu longtemps dans l’incertitude juridique quant à ce lien, le juge devant tenir compte de la situation fragilisée des enfants tant que la procédure est pendante.

16. Etant rappelé qu’en droit français, les conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui sont nulles, la Cour de cassation retient, eu égard à l’intérêt supérieur de l’enfant, qu’il convient de privilégier tout mode d’établissement de la filiation permettant au juge de contrôler notamment la validité de l’acte ou du jugement d’état civil étranger au regard de la loi du lieu de son établissement, et d’examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l’enfant.

17. En l’espèce, le prononcé d’une adoption suppose l’introduction d’une nouvelle instance à l’initiative de Mme D... X.... En effet, en application des dispositions du titre VIII du code civil, l’adoption ne peut être demandée que par l’adoptant, l’adopté devant seulement y consentir personnellement s’il a plus de treize ans. Le renvoi des consorts X... à recourir à la procédure d’adoption, alors que l’acte de naissance des deux filles a été établi en Californie, dans un cadre légal, conformément au droit de cet Etat, après l’intervention d’un juge, la Cour supérieure de l’Etat de Californie, qui a déclaré M. C... X..., père génétique et Mme D... X..., “mère légale” des enfants, aurait, au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et la mère d’intention, des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée de Mmes A... et B... X....

18. Selon les requérantes, la concrétisation du lien de filiation entre l’enfant et la mère d’intention évoquée par la Cour européenne dans son avis consultatif pourrait trouver une traduction en droit interne français avec la possession d’état qui, en application de l’article 311-1 du code civil, s’établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Cependant, l’avis consultatif insiste sur la nécessité de ne pas fragiliser la situation de l’enfant dès lors que la gestation pour autrui a été réalisée dans les conditions légales du pays étranger et que le lien avec la mère d’intention s’est concrétisé. A cet égard, la reconnaissance du lien de filiation par la constatation de la possession d’état dans l’acte de notoriété établi le 11 mai 2018 par le juge d’instance de Charenton-le-Pont, à supposer que les conditions légales en soient réunies, ne présente pas les garanties de sécurité juridique suffisantes dès lors qu’un tel lien de filiation peut être contesté en application de l’article 335 du code civil. Par conséquent, la demande formée par Mmes A... et B... X... tendant à faire constater le fait juridique reconnu dans l’acte de notoriété établi le 11 mai 2018 par le juge d’instance de Charenton-le-Pont sera rejetée.

19. Il résulte de ce qui précède, qu’en l’espèce, s’agissant d’un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l’absence d’autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de Mmes A... et B... X... consacré par l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, et alors qu’il y a lieu de mettre fin à cette atteinte, la transcription sur les registres de l’état civil de Nantes des actes de naissance établis à l’étranger de A... et B... X... ne saurait être annulée.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

DÉCLARE IRRECEVABLE l’intervention volontaire de l’association Arcilesbica ;

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l’arrêt rendu le 18 mars 2010, entre les parties, par la cour d’appel de Paris ;

DIT n’y avoir lieu à renvoi ;INFIRME le jugement rendu le 13 décembre 2005 par le tribunal de grande instance de Créteil ;

Et statuant à nouveau :

DÉCLARE RECEVABLE l’action du ministère public ;

REJETTE la demande d’annulation de la transcription formée par le procureur général près la cour d’appel de Paris ;

CONSTATE la transcription sur les registres de l’état civil de Nantes de :

- l’acte de naissance de A... X... enregistré le 1er novembre 2000 sous le n° 1200037036331 à San Diego (Californie) de M. C... X..., né le [...] à Dijon, en ce qu’elle est née de M. C... X..., né le [...] à Dijon, et de Mme D... Z... née à Melfi (Italie), le [...], épouse de M. C... X..., effectuée le 25 novembre 2002 par l’officier d’état civil par délégation du Consul général de France à Los Angeles ;

- l’acte de naissance de B... X... enregistré le 1er novembre 2000 sous le n° 1200037036332 à San Diego (Californie) de M. C... X..., né le [...] à Dijon, en ce qu’elle est née de M. C... X..., né le [...] à Dijon, et de Mme D... Z... née à Melfi (Italie), le [...], épouse de M. C... X..., effectuée le 25 novembre 2002 par l’officier d’état civil par délégation du Consul général de France à Los Angeles ;

**Cass. Civ. 1ère, 18 décembre 2019 Pourvoi n° 18-11.815**

La première chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Exposé du litige

Faits et procédure
1. Selon l'arrêt attaqué (Rennes, 18 décembre 2017), aux termes de leurs actes de naissance américains, F... et P... L... O... sont nées le [...] à Roseville (Californie, Etats-Unis d'Amérique), ayant pour « père » M. L... et pour « parent » M. O..., le premier étant de nationalité française et le second de nationalité belge. Les deux hommes ont eu recours à une convention de gestation pour autrui en Californie.

2. Le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes s'étant opposé à leur demande de transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil consulaire, MM. L... et O..., agissant tant en leur nom personnel qu'en leur qualité de représentants légaux des enfants, l'ont assigné à cette fin

3. Par un arrêt du 20 mars 2019 (1re Civ., 20 mars 2019, pourvois n° 18-50.006 et 18-11.815, publié), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi n° 18-50.006 formé par le procureur général près la cour d'appel de Rennes contre l'arrêt ordonnant la transcription partielle des actes de naissance et a sursis à statuer sur le pourvoi n° 18-11.815 formé par MM. L... et O... dans l'attente de l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation à intervenir sur le pourvoi n° 10-19.053.

Moyens

Examen du moyen

Sur le moyen unique, pris en ses première et deuxième branches

Enoncé du moyen

MM. L... et O... font grief à l'arrêt de rejeter la demande de M. O... tendant à la transcription, sur les registres de l'état civil, des actes de naissance de F... et P... L... O... en ce que ces actes le désignent comme parent des enfants alors :

« 1°/ que l'acte de naissance régulièrement rédigé par un état étranger, non falsifié et mentionnant, conformément à la loi de cet état, l'exacte identité d'une personne en qualité de père et l'exacte identité du compagnon ou du conjoint du père comme second parent, établit la filiation de l'enfant et doit être transcrit sur les registres de l'état civil sans que la filiation notamment à l'égard du second parent doive être confirmée par une adoption de son propre enfant par ce second parent ; qu'en déboutant M. O... de sa demande de transcription sur les registres de l'état civil des actes de naissance de F... L... O... et P... L... O... au prétexte que ces actes le désignent comme parent des enfants sans qu'une adoption consacre cette filiation, la cour d'appel a violé les articles 310-3, 47 et 34, a), du code civil ;
2°/ que le refus de transcrire sur les registres de l'état civil la filiation d'un enfant envers le compagnon de son père biologique mentionnée dans son acte de naissance, viole le droit de cet enfant au respect de sa vie privée et familiale ainsi que la primauté de son intérêt dans toutes les décisions qui le concernent, ce qui impose d'écarter l'article 47 du code civil et d'ordonner la transcription ; qu'en jugeant, au contraire, que le refus de transcrire les actes de naissance de F... et P... en ce qu'ils désignaient M. O... comme parent sans qu'il y ait eu adoption, ne portait pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble l'article 3, § 1, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. »

Motivation

Réponse de la Cour

Vu les articles 3, § 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 47 du code civil :

5. Aux termes de l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.
6. Aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ; 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.
7. Aux termes de l'article 47 du code civil, tout acte de l'état civil des français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

8. Il se déduit du deuxième de ces textes, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (avis consultatif du 10 avril 2019), qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine une convention de gestation pour autrui, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi par les autorités de l'Etat étranger, en ce qui concerne le père biologique de l'enfant, ni à la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention mentionnée dans l'acte étranger, laquelle doit intervenir au plus tard lorsque ce lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé (Ass. plén., 4 octobre 2019, pourvoi n° 10-19.053, publié, paragraphe 6).

9. Le raisonnement n'a pas lieu d'être différent lorsque c'est un homme qui est désigné dans l'acte de naissance étranger comme « parent d'intention ».

10. La jurisprudence de la Cour de cassation (1re Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28.597, Bull. 2017, I, n° 163, n° 16-16.901 et 16-50.025, Bull. 2017, I, n° 164 et n° 16-16.455, Bull. 2017, I, n° 165) qui, en présence d'un vide juridique et dans une recherche d'équilibre entre l'interdit d'ordre public de la gestation pour autrui et l'intérêt supérieur de l'enfant, a refusé, au visa de l'article 47 du code civil, la transcription totale des actes de naissance étrangers des enfants en considération, notamment, de l'absence de disproportion de l'atteinte portée au droit au respect de leur vie privée dès lors que la voie de l'adoption était ouverte à l'époux ou l'épouse du père biologique, ne peut trouver application lorsque l'introduction d'une procédure d'adoption s'avère impossible ou inadaptée à la situation des intéressés.
11. Ainsi, dans l'arrêt précité, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a admis, au regard des impératifs susvisés et des circonstances de l'espèce, la transcription d'actes de naissance étrangers d'enfants nées à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, qui désignaient le père biologique et la mère d'intention.

12. Au regard des mêmes impératifs et afin d'unifier le traitement des situations, il convient de faire évoluer la jurisprudence en retenant qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du code civil.
13. Pour ordonner la transcription partielle des actes de naissance de F... et P... et rejeter la demande en ce que les actes désignent M. O... en qualité de parent, l'arrêt retient que ceux-ci ne sont pas conformes à la réalité et que la transcription partielle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants dès lors que l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt des enfants, de créer un lien de filiation entre ceux-ci et le compagnon de leur père.
14. En statuant ainsi, alors que, saisie d'une demande de transcription d'actes de l'état civil étrangers, elle constatait que ceux-ci étaient réguliers, exempts de fraude et avaient été établis conformément au droit de l'Etat de Californie, la cour d'appel a violé les textes susvisés.
Portée et conséquences de la cassation

15. Après avis donné aux parties, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, il est fait application des articles L. 411-3, alinéa 1, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile.

Dispositif

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du moyen, la Cou:
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de M. O... tendant à la transcription, sur les registres de l'état civil, des actes de naissance de F... et P... L... O... en ce que ces actes le désignent comme parent des enfants, l'arrêt rendu le 18 décembre 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

**Document 7 : CEDH, D C. France, 16 juillet, 2020, Requête no 11288/18**41.  Les parties s’accordent à considérer que le rejet de la demande tendant à la transcription sur les registres de l’état civil français de l’acte de naissance étranger de la troisième requérante pour autant qu’il désigne la première requérante comme étant sa mère est constitutif d’une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante. Renvoyant *mutatis mutandis* aux arrêts précités *Mennesson* (§ 49), *Labassee* (§ 50) et *Foulon et Bouvet*, ainsi qu’à la décision précitée *C et E c. France* (§ 37), la Cour marque son accord.

42.  Pareille ingérence méconnaît l’article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi (voir, par exemple, *Mennesson*, précité, § 50).

* + - * 1. « Prévue par la loi » et but légitime

43.  La Cour constate qu’en 2014, lorsque les requérants ont fait une demande dans ce sens, le droit positif français ne permettait pas la transcription sur les registres français de l’état civil de l’acte de naissance étranger des enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui. Le droit positif a évolué alors que la procédure initiée par les requérants au plan interne était pendante s’agissant de la transcription de l’acte de naissance mais uniquement pour autant qu’il désignait le père d’intention, père biologique, comme étant le père de l’enfant (paragraphes 15-18 ci-dessus). Il n’est donc pas douteux qu’à l’époque des faits de la cause, le rejet de la demande tendant à la transcription sur les registres de l’état civil français de l’acte de naissance étranger de la troisième requérante pour autant qu’il désigne la première requérante comme étant sa mère était prévu par la loi, au sens du second paragraphe de l’article 8. Les requérants n’en disconviennent du reste pas.

44.  Quant au but légitime, la Cour constate que, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (paragraphe 18 ci-dessus), la cour d’appel de Rennes a indiqué dans l’arrêt qu’elle a rendu en la cause des requérants le 18 décembre 2017, que le refus de transcription de la filiation maternelle d’intention lorsque l’enfant est né à l’étranger à l’issue d’une convention de gestation pour autrui tend à la protection de l’enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, qui est prohibée en France (paragraphe 10 ci-dessus). Renvoyant aux arrêts *Mennesson* et *Labassee* précités (§§ 62 et 54 respectivement), elle admet en conséquence qu’il puisse être considéré que l’ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l’article 8 de la Convention : la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d’autrui ».

* + - * 1. « Nécessaire », « dans une société démocratique »

La jurisprudence Mennesson et l’avis consultatif no P16-2018-001

45.  Dans l’arrêt *Mennesson*, (précité ; voir aussi *Labassee*, précité), la Cour a examiné sous l’angle de l’article 8 de la Convention l’impossibilité pour deux enfants nées en Californie d’une gestation pour autrui d’obtenir en France la reconnaissance de la filiation légalement établie aux États-Unis entre elles et les parents d’intention.

46.  La Cour a conclu qu’il y avait eu violation du droit au respect de la vie privée des enfants.

47.  Pour parvenir à cette conclusion, elle a tout d’abord souligné que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d’être humain, ce qui inclut sa filiation », et qu’« un aspect essentiel de l’identité des individus est en jeu dès lors que l’on touche à la filiation » (voir le paragraphe 96 de l’arrêt). Elle a ajouté que « le droit au respect de la vie privée [des enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui], qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouv[ait] significativement affecté [par la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre ces enfants et les parents d’intention] ». Elle en a déduit que se posait « une question grave de compatibilité de cette situation avec l’intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant » (voir les paragraphes 96 et 99 de l’arrêt).

48.  Elle s’est ensuite prononcée expressément sur la question de la reconnaissance du lien de filiation entre les deux enfants et le père d’intention, qui était leur père biologique. Elle a jugé ce qui suit (paragraphe 100 de l’arrêt) :

« [L’]analyse [rappelée ci-dessus] prend un relief particulier lorsque, comme en l’espèce, l’un des parents d’intention est également géniteur de l’enfant. Au regard de l’importance de la filiation biologique en tant qu’élément de l’identité de chacun (...), on ne saurait prétendre qu’il est conforme à l’intérêt d’un enfant de le priver d’un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l’enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or non seulement le lien entre les [enfants] requérantes et leur père biologique n’a pas été admis à l’occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d’une reconnaissance de paternité ou de l’adoption ou par l’effet de la possession d’état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (...). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l’identité et le droit au respect de la vie privée des [enfants] requérantes, qu’en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu’à l’établissement en droit interne de leur lien de filiation à l’égard de leur père biologique, l’État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d’appréciation. »

49.  La Cour n’a donc pas jugé qu’en tant que tel, le refus de transcrire l’acte de naissance étranger pour autant qu’il désigne comme étant le père, le père d’intention, père biologique, caractérisait une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée de l’enfant. Constatant qu’en droit positif français, étaient closes non seulement la voie de la transcription, mais aussi celles de la reconnaissance de paternité, de l’adoption et de la possession d’état, elle a estimé « qu’en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu’à l’établissement en droit interne [du] lien de filiation [de l’enfant] à l’égard de [son] père biologique, l’État défendeur [était] allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d’appréciation ».

50.  Autrement dit, l’existence d’un lien génétique n’a pas pour conséquence que le droit au respect de la vie privée de l’enfant tel qu’il se trouve garanti par l’article 8 de la Convention requiert que la reconnaissance du lien de filiation entre l’enfant et le père d’intention, puisse se faire spécifiquement par la voie de la transcription de l’acte de naissance étranger de l’enfant.

51.  Par la suite, la Cour a indiqué dans l’avis consultatif no P16‑2018‑001 précité (voir le dispositif) que, dans la situation où un enfant est né à l’étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d’intention et d’une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l’enfant et le père d’intention a été reconnu en droit interne, le droit au respect de la vie privée de l’enfant, au sens de l’article 8 de la Convention, requérait que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d’un lien de filiation entre cet enfant et la mère d’intention, désignée dans l’acte de naissance légalement établi à l’étranger comme étant la « mère légale ». Elle a ajouté que le droit au respect de la vie privée de l’enfant ne requérait toutefois pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l’état civil de l’acte de naissance légalement établi à l’étranger, et qu’elle pouvait se faire par une autre voie, telle que l’adoption de l’enfant par la mère d’intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l’effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l’intérêt supérieur de l’enfant.

52.  Plus généralement, la Cour a souligné dans l’avis consultatif no P16‑2018-001 (§ 51) que le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d’intention tombe dans la marge d’appréciation des États. Elle a observé à cet égard qu’il n’y avait pas de consensus européen en la matière (lorsque l’établissement ou la reconnaissance du lien entre l’enfant et le parent d’intention est possible, leurs modalités variant d’un État à l’autre), et que l’identité de l’individu est moins directement en jeu lorsqu’il s’agit non du principe même de l’établissement ou de la reconnaissance de sa filiation mais des moyens à mettre en œuvre à cette fin.

53.  La Cour a ajouté dans l’avis consultatif no P16-2018-001 (§ 47) que la nécessité d’offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l’enfant et la mère d’intention valait *a fortiori* lorsque l’enfant a été conçu avec les gamètes du père d’intention et les gamètes de la mère d’intention, et que le lien de filiation entre l’enfant et le père d’intention a été reconnu en droit interne.

54.  Il résulte de qui précède que, lorsqu’un enfant est né à l’étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d’intention, le droit au respect de la vie privée de l’enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d’un lien de filiation entre l’enfant et le père d’intention et entre l’enfant et la mère d’intention, qu’elle soit ou non sa mère génétique. Il en ressort de plus que cette reconnaissance du lien de filiation entre l’enfant et le père d’intention, père biologique, et entre l’enfant et la mère d’intention qui n’est pas la mère génétique peut dûment se faire par d’autres moyens que la transcription de l’acte de naissance étranger de l’enfant.

Le cas d’espèce

55.  En l’espèce, la cour d’appel de Rennes a, le 18 décembre 2017, accueilli la demande tendant à la transcription sur les registres de l’état civil français de l’acte de naissance ukrainien de la troisième requérante pour autant qu’il désignait comme étant son père le deuxième requérant, père d’intention et père biologique. Elle a en revanche rejeté la demande de transcription pour autant que l’acte de naissance désignait la première requérante  comme étant sa mère ; ce faisant, elle a toutefois souligné que le lien de filiation entre l’une et l’autre pouvait être juridiquement établi par la voie de l’adoption (paragraphe 10 ci-dessus).

56.  La Cour observe que la thèse défendue aujourd’hui par les requérants (paragraphe 38 ci-dessus) revient à dire que le rejet de la demande de transcription de l’acte de naissance ukrainien de la troisième requérante pour autant qu’il désigne la première requérante comme étant sa mère est constitutif d’une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie privée dès lors que la première requérante est sa mère génétique.

57.  La Cour constate tout d’abord que les pièces relatives à la procédure internes produites par les parties indiquent que les requérants n’ont pas informé les autorités et le juge internes du fait que la première requérante était la mère génétique de l’enfant. En particulier, il ne ressort ni du jugement du tribunal de grande instance de Nantes du 12 janvier 2017 (paragraphe 9 ci-dessus) ni de l’arrêt de la cour d’appel de Rennes du 18 décembre 2017 (paragraphe 10 ci-dessus) qu’ils auraient donné cette information à ces juridictions. Elle ne figurait du reste ni dans la requête qu’ils ont introduite devant la Cour le 2 mars 2018, ni dans leurs observations du 15 novembre 2018 en réplique à celles du Gouvernement. Les requérants n’ont donné cette précision à la Cour que le 12 septembre 2019, en réponse à une demande de renseignement complémentaire adressée par elle aux parties à la suite de l’avis consultatif no P16-2018-001 (paragraphe 12 ci-dessus). Par ailleurs les requérants ne se sont pas pourvus en cassation contre l’arrêt de la cour d’appel de Rennes. La Cour ne tire toutefois pas de conséquence de ces deux circonstances dès lors qu’à l’époque où l’affaire était pendante au plan interne, la jurisprudence de la Cour de cassation excluait la transcription de l’acte de naissance étranger des enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui pour autant qu’il désignait la mère d’intention comme étant leur mère, sans distinguer la situation où elle était leur mère génétique de celle où elle ne l’était pas.

58.  Ceci étant, comme indiqué précédemment, la Cour s’est déjà prononcée sur une question similaire s’agissant du lien de filiation entre l’enfant et le père d’intention, père biologique (paragraphes 49-50 ci‑dessus). Il ressort de sa jurisprudence que l’existence d’un lien génétique n’a pas pour conséquence que le droit au respect de la vie privée de l’enfant requiert que la reconnaissance du lien de filiation entre l’enfant et le père d’intention, puisse se faire spécifiquement par la voie de la transcription de son acte de naissance étranger.

59.  La Cour ne voit pas de raison dans les circonstances de l’espèce d’en décider autrement s’agissant de la reconnaissance du lien de filiation entre l’enfant et la mère d’intention, mère génétique.

60.  On ne saurait donc retenir que le rejet de la demande de transcription de l’acte de naissance ukrainien de la troisième requérante pour autant qu’il désigne la première requérante est constitutif d’une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie privée du seul fait que la première requérante est sa mère génétique, dès lors que le lien de filiation entre l’une et l’autre peut être effectivement établi par une autre voie (paragraphes 62, 64 et 70 ci-dessous).

61.  Certes, sur le plan interne, en l’état du droit positif français à l’époque des faits de la cause, il était à l’inverse possible d’obtenir la transcription de l’acte de naissance étranger pour autant qu’il désignait le père d’intention, père biologique. Comme l’illustre les circonstances de l’espèce, cela créait une différence de traitement quant à l’établissement du lien de filiation entre le père d’intention, père biologique, et la mère d’intention, mère génétique. La présente requête ne concerne toutefois pas les droits des parents d’intention au regard de la Convention, mais uniquement ceux de l’enfant né à l’étranger d’une gestation pour autrui. De plus, pour autant que les requérants entendent dénoncer une discrimination dont la troisième d’entre eux aurait à souffrir du fait de cette différence de traitement, la Cour renvoie aux paragraphes 81-82 ci-dessous.

62.  Or, selon la Cour, ce qui est déterminant s’agissant de la proportionnalité de l’ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante c’est que le rejet de la demande tendant à la transcription de son acte de naissance ukrainien pour autant qu’il désigne la première requérante comme étant sa mère ne faisait pas obstacle à l’établissement du lien de filiation entre l’une et l’autre. Comme indiqué précédemment, la cour d’appel de Rennes a pris soin de souligner que la voie de l’adoption leur est ouverte (paragraphe 10 ci-dessus), ce que confirme la jurisprudence de la Cour de cassation (paragraphe 17 ci-dessus).

63.  La Cour comprend qu’en tant que parent génétique de la troisième requérante, la première requérante puisse avoir des difficultés à envisager de passer par une procédure d’adoption pour établir leur lien de filiation en droit français. Il faut toutefois là aussi rappeler que la présente requête ne concerne pas les droits de la première requérante, mais uniquement ceux de la troisième requérante.

64.  Ce qu’il faut au regard du droit au respect de la vie privée de la troisième requérante c’est qu’elle ait accès à un mécanisme effectif et suffisamment rapide permettant la reconnaissance du lien de filiation entre elle et la première requérante. La Cour a retenu ce critère dans l’avis consultatif no P16-2018-001 s’agissant de la situation où l’enfant est issue des gamètes du père d’intention et d’une tierce donneuse et n’a donc pas de lien génétique avec la mère d’intention. Elle estime qu’il vaut aussi dans la situation où, comme en l’espèce, l’enfant est issu des gamètes du père d’intention et de celles de la mère d’intention.

65.  Or, comme le souligne le Gouvernement (paragraphe 32 ci-dessus), les deux premiers requérants étant mariés et l’acte de naissance ukrainien de la troisième requérante ne mentionnant pas la femme qui a accouché d’elle, la première requérante a la possibilité de saisir le juge d’une demande tendant à son adoption plénière au titre de l’adoption de l’enfant du conjoint (paragraphe 24-26 ci-dessus). Elle note à cet égard que, par une dépêche du 24 juillet 2017, la garde des sceaux, ministre de la justice, a invité le parquet général concerné à veiller, à l’occasion de l’examen de demandes d’adoptions de l’enfant du conjoint formées par des mères d’intention, à ce que le ministère public émette un avis favorable au prononcé de l’adoption dès lors que celle-ci apparaît conforme à l’intérêt de l’enfant et que les conditions en sont remplies (paragraphe 27 ci-dessus). Elle note aussi les indications données par le Gouvernement selon lesquelles il est fait droit à la grande majorité des demandes d’adoption de l’enfant du conjoint de ce type (paragraphe 32 ci-dessus).

66.  Ainsi que l’a relevé la Cour dans son avis consultatif no P16‑2018‑001 (§ 53), l’adoption produit des effets de même nature que la transcription de l’acte de naissance étranger s’agissant de la reconnaissance du lien de filiation entre l’enfant et la mère d’intention.

67.  Certes, cette possibilité n’est établie de manière certaine que depuis les arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2017, alors que, née en septembre 2012, la troisième requérante avait presque cinq ans soit, selon toute vraisemblance au vu du dossier, bien après la concrétisation du lien entre elle et sa mère d’intention. Or, la Cour a précisé dans l’avis consultatif précité (§§ 52 et 54) qu’un mécanisme effectif permettant la reconnaissance d’un lien de filiation entre les enfants concernés et la mère d’intention doit exister au plus tard lorsque, selon l’appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l’enfant et la mère d’intention s’est concrétisé. La Cour, qui observe non seulement que cette évolution du droit positif est antérieure à la décision interne définitive et, donc, à sa saisine par les requérants, mais aussi que ces derniers ont été directement informés de cette possibilité le 18 décembre 2017 par l’arrêt rendu en leur cause par la cour d’appel de Rennes (paragraphe 10 ci‑dessus), estime toutefois que, dans les circonstances de la cause, ce n’est pas imposer à la troisième requérante un fardeau excessif que d’attendre des requérants qu’ils engagent une procédure d’adoption, cette procédure étant susceptible d’aboutir rapidement. Elle observe notamment qu’il résulte des indications données par le Gouvernement que la durée moyenne d’obtention d’une décision n’est que de 4,1 mois en cas d’adoption plénière. Ainsi, si la procédure d’adoption avait été initiée à la suite de l’arrêt de la cour d’appel de Rennes du 18 décembre 2017, la situation de la troisième requérante au regard de sa filiation maternelle aurait vraisemblablement pu être réglée avant qu’elle ait atteint l’âge de six ans, et plus ou moins à la date à laquelle les requérants ont saisi la Cour.

68.  La Cour note que les requérants soutiennent que la procédure d’adoption est plus lente que ce qu’indique le Gouvernement. Ils se réfèrent pour cela au délai moyen de jugement en Île de France. La Cour constate toutefois que le juge territorialement compétente pour une adoption en France est celui du lieu du domicile de l’adoptant (paragraphe 26 ci-dessus). Or il ressort du dossier que les requérants ne sont pas domiciliés dans la région Île de France.

69.  Enfin, la Cour relève que les requérants font valoir que c’est à cause du manque de célérité de la procédure d’adoption que la première chambre civile de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence par deux arrêts du 18 décembre 2019, en posant le principe de la transcription de l’acte de naissance étranger (paragraphe 39 ci-dessus). Elle constate toutefois non seulement que les requérants n’apportent aucun élément à l’appui de cette thèse, mais aussi qu’il ne ressort pas des motifs de ces arrêts (paragraphe 22 ci-dessus) que la raison pour laquelle la première chambre civile a procédé à ce revirement de jurisprudence se trouverait dans la durée de la procédure d’adoption ou dans son ineffectivité.

70.  La Cour retient ainsi que l’adoption de l’enfant du conjoint constitue en l’espèce un mécanisme effectif et suffisamment rapide permettant la reconnaissance du lien de filiation entre les première et troisième requérantes.

71.  En conséquence, en refusant de procéder à la transcription de l’acte de naissance ukrainien de la troisième requérante sur les registres de l’état civil français pour autant qu’il désigne la première requérante comme étant sa mère, l’État défendeur n’a pas, dans les circonstances de la cause, excédé sa marge d’appréciation.

72.  Partant, il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention.

**Document 8**

[**Article 7**](https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article_jo/JORFARTI000043884418) **de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique**

« L'article 47 du code civil est complété par une phrase ainsi rédigée : « Celle-ci est appréciée au regard de la loi française. »