La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société

Gestation pour autrui, transsexualisme et mariage des couples de meme
sexe (Art. 8 et 12 CEDH)

Nicolas Hervieu

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/870>

DOI : 10.4000/revdh.870

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Nicolas Hervieu, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 septembre 2014, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/870> ; DOI : 10.4000/revdh.870

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Tous droits réservés

La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société

Gestation pour autrui, transsexualisme et mariage des couples de même sexe (Art. 8 et 12 CEDH)

Nicolas Hervieu

- 1 De Eros à Thanatos, nulle passion humaine n'échappe à l'empire de la Cour européenne des droits de l'homme. Déjà éprouvée de longue date, une telle assertion a récemment été confirmée par d'éloquents et retentissants actualités. A la faveur de la douloureuse affaire *Vincent Lambert*¹ et dans la foulée d'autres précédents², l'enjeu de la mort a ainsi resurgi avec fracas dans le prétoire européen. Mais au même moment, et par un remarquable jeu de miroir, les hasards du calendrier ont conduit la juridiction européenne à trancher des contentieux touchant à la vie et à l'amour. Indubitablement plus heureux, ces derniers enjeux n'en sont pas moins sensibles. Dans les affaires *Mennesson c. France*³ et *Labassée c. France*⁴, d'abord, le regard strasbourgeois s'est porté pour la toute première fois⁵ sur une technique de procréation ô combien débattue : **la gestation pour autrui**. A l'occasion de l'affaire *Hämäläinen c. Finlande*⁶, ensuite, la Grande Chambre de la Cour européenne a eu à se prononcer sur **le sort d'un mariage au lendemain de la conversion sexuelle de l'un des époux**. Ce faisant, et de manière inédite en formation solennelle⁷, la juridiction européenne a entériné sa prudente position refusant la consécration d'un droit conventionnel au mariage au profit des couples de même sexe.
- 2 Constat unanime de violation pour les uns, absence de condamnation pour l'autre. A l'évidence, les dispositifs des arrêts *Mennesson* et *Labassée*, d'une part, et *Hämäläinen*, d'autre part, se distinguent nettement. Mais cette divergence n'est qu'apparente. Tout en comportant chacune d'importants apports jurisprudentiels, ces deux séries d'arrêts rendus en juin et juillet 2014 convergent pour illustrer avec éclat la même prudente audace dont la Cour fait si souvent preuve face aux brûlants enjeux de société⁸. De fait, à

l'heure où certains gouvernements d'Etats parties à la Convention persistent à nourrir l'hostilité et la défiance envers le système européen des droits de l'homme⁹, la Cour a **la redoutable mission de protéger effectivement les droits conventionnels, sans prêter le flanc à la critique de l'excès de pouvoir sur des sujets de société si explosifs**. Or, à la lueur des arrêts ainsi rendus, force est de constater que le pari européen est globalement réussi. Mais quelques apories subsistent encore, l'habileté strasbourgeoise sacrifiant parfois bien trop au byzantinisme et aux non-dits, là où la jurisprudence européenne se doit au contraire d'être un aiguillon limpide.

- 3 Bien sûr, nul ne saurait nier combien fut difficile la tâche strasbourgeoise, tant chacune de ces affaires est riche en complexités juridiques, dilemmes humains et sensibilités politiques.
- 4 Ainsi, **les affaires Mennesson¹⁰ et Labassée** avaient trait à la délicate question de la gestation pour autrui. En 2000, désireux de mener à bien leur projet parental en dépit d'une infertilité, les couples Mennesson et Labassée se sont respectivement rendus en Californie et au Minnesota pour conclure une convention de gestation pour autrui, légale dans ces deux Etats américains. Après la fécondation *in vitro* des ovules d'une tierce personne par les gamètes des époux respectifs, les embryons ainsi conçus furent reçus par une mère porteuse. Le 25 octobre 2000, la mère porteuse sollicitée par le couple Mennesson accoucha de deux filles. En vertu du droit californien et d'une décision de la Cour suprême de Californie, Monsieur et Madame Mennesson furent juridiquement reconnus comme les seuls et uniques parents des jumelles (§ 7-10). Il en fut de même au Minnesota après la naissance, le 27 octobre 2001, de la fille des époux Labassée (§ 6-10).
- 5 Le contentieux se noua à l'heure d'envisager le retour en France de ces familles. En effet, les autorités françaises firent obstacle à la transcription des actes de naissance de ces enfants sur les registres de l'état civil français. Après plusieurs rebondissements contentieux, en particulier s'agissant de la famille Mennesson (§ 17-24), les juridictions du fond firent droit aux prétentions du ministère public. Ce refus de transcription fut alors entériné par la Cour de cassation le 6 avril 2011 au motif qu'en vertu de « *l'ordre public international français* » et « *en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* » (Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, pourvois n° 10-19.053 et n° 09-66.486). En d'autres termes, la haute juridiction judiciaire **refuse que lien de filiation entre les enfants nés de mère porteuse et leurs parents – dont leur père biologique – soit juridiquement reconnu en France**.
- 6 **L'affaire Hämäläinen c. Finlande** concernait quant à elle un enjeu tout aussi délicat, incarné par la situation d'un couple marié dont l'un des membres décida de changer de sexe. Après avoir épousé une femme en 1996 – union dont naquit un enfant en 2002 –, une personne née de sexe masculin décida de mener une vie de femme à compter de 2006, conformément au sentiment qu'elle a toujours eu d'être une femme dans un corps d'homme. Outre une opération de conversion sexuelle réalisée en septembre 2009, elle changea de prénom en juin 2006.
- 7 En juin 2007, pour parfaire officiellement ce changement de sexe et notamment obtenir un passeport la désignant comme de sexe féminin, l'intéressée demanda que son numéro d'identité masculin soit remplacé par un numéro féminin. Toutefois, les autorités

finlandaises responsables de l'état civil refusèrent au motif qu'en vertu des dispositions de « *la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles* » (§ 28-30), un tel changement de l'état civil exige que la personne concernée ne soit pas mariée ou, dans cette hypothèse, que le conjoint consente à **la transformation de leur mariage en un partenariat enregistré**. Ceci, afin d'éviter que la confirmation officielle de la conversion sexuelle entraîne l'existence d'un mariage entre deux personnes de même sexe, alors que le droit finlandais restreint le mariage aux seuls couples de sexes différents.

- 8 Or, en l'occurrence, les deux membres du couple souhaitaient rester mariés, notamment parce qu'un divorce irait à l'encontre de leurs convictions religieuses. Mais la contestation contentieuse initiée devant les juridictions finlandaises contre ce refus de changement d'état civil resta vaine (§ 15-20).
- 9 Devant ces impasses et face aux échecs des voies de recours nationales, les familles Mennesson et Labassée, d'une part, et Madame Hämäläinen, d'autre part, se sont donc tournées vers la Cour européenne des droits de l'homme.
- 10 Chacune de ces deux séries d'affaires présentaient certes un profil fort dissemblable. Au demeurant, elles se sont soldées par une issue contentieuse bien différente. Car si la France a été condamnée de manière retentissante pour **violation du droit au respect de la vie privée** (Art. 8 de la Convention) dans les affaires *Mennesson et Labassée*, il n'en fut pas de même dans l'affaire *Hämäläinen*. En effet, la Finlande a échappé à toute condamnation, la Grande Chambre saisie sur renvoi¹¹ ayant confirmé la solution déjà acquise en 2013 en formation de Chambre¹².
- 11 Cependant, l'ensemble de ces arrêts rendus en juin et juillet 2014 se rejoignent en ce qu'ils révèlent la méthode retenue par la Cour européenne pour apprécier **la conventionalité de décisions nationales fondées sur un impératif frappé par l'Etat défendeur du sceau de son ordre public** et qui, à ses yeux, **relève de la seule compétence du décideur démocratiquement désigné**. En France, il en est ainsi de la prohibition de la gestation pour autrui. En Finlande, tel est le cas du refus du droit au mariage pour les couples de même sexe.
- 12 En somme, les affaires *Mennesson*, *Labassée* et *Hämäläinen* incarnaient littéralement le dilemme classique¹³ posé à la juridiction européenne, contrainte de naviguer « entre le Scylla du nécessaire respect de la souveraineté et des valeurs nationales et le Charybde de l'exigence d'une protection cohérente des droits fondamentaux »¹⁴. Or, dans ce cadre étroit, la Cour doit éviter toute solution excessive qui – par sa hardiesse ou, au contraire, sa pusillanimité – pourrait vouer à sa perte le système européen des droits de l'homme.
- 13 Pour trancher ce qui confine à un véritable nœud gordien, la Cour a usé d'une démarche résolument stratégique, modelée par une évaluation des rapports de force en présence¹⁵. A cet égard, l'argumentation strasbourgeoise – principal outil au service de sa légitimité¹⁶ – est tout à fait éloquente et révélatrice. Car dans les deux séries d'affaires, si la juridiction européenne a, dans un premier temps, **ostensiblement affiché sa déférence envers les choix nationaux** et esquivé toute condamnation de principe à leur endroit (1°), c'est pour mieux légitimer, dans un second temps, l'exercice d'un **contrôle européen des conséquences conventionnelles de ces choix** (2°).

1°/- L'inévitable esquive européenne : Une jurisprudence évasive sur les droits procréatifs et le droit au mariage

- ¹⁴ « La Cour (européenne des droits de l'homme), comme d'autres juridictions internationales, façonne ses arrêts à la lueur de la possibilité que certaines de ses décisions puissent inciter des Etats (en guise de représailles) à nuire (à ses) intérêts »¹⁷. Peut-être les juges européens s'en défendront-ils, mais un tel constat n'est guère contestable. En effet, pour exercer pleinement son office sans brusquer les Etats parties, la Cour se doit de redoubler de prudence, tout particulièrement lorsqu'elle aborde des enjeux moraux et politiques particulièrement vifs. Les arrêts *Mennesson*, *Labassée* et *Hämäläinen* le confirment une fois de plus.
- ¹⁵ Car tout en réaffirmant sans ambages que la protection conventionnelle s'étend à toutes relations familiales, aussi atypiques soient-elles, les juges européens se sont soigneusement gardés de briser frontalement la décision de chaque Etat défendeur d'interdire sur leur sol, respectivement, la gestation pour autrui (A) et le mariage des couples de même sexe (B).

A – Une affirmation ambivalente : La gestation pour autrui sous un regard européen empreint de neutralité affectée

- ¹⁶ Si la Cour européenne des droits de l'homme ne peut se désintéresser de la gestation pour autrui (1), force est de constater qu'elle tâche ostensiblement de ne pas prendre position sur la principe même de la gestation pour autrui et sa possible prohibition (2).

1 – L'inédite appréhension de la gestation pour autrui sous le prisme conventionnel

- ¹⁷ Privilégier « la réalité concrète » sur le formalisme désincarné. Tel est le credo européen, spécifiquement sur le terrain du droit au respect de la vie privée et familiale (Art. 8).
- ¹⁸ C'est ainsi que, sous le prisme conventionnel, la Cour peut aisément passer outre les qualifications nationales pour identifier et reconnaître des relations familiales au sens de l'article 8 de la Convention. Par le passé, il en fut ainsi pour les relations unissant un adopté à son adoptant¹⁸, les membres d'un couple de même sexe¹⁹ ou des familles homoparentales²⁰. Dans ces conditions, il n'était pas douteux que **les liens entre les parents d'intention et leurs enfants nés par gestation pour autrui relèvent également de la « vie familiale » au sens de l'article 8**, dès lors que ceux-ci « vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la "vie familiale" dans son acception habituelle » (§ 45)²¹.
- ¹⁹ Significativement, le Gouvernement français ne l'avait d'ailleurs aucunement contesté dans les affaires *Mennesson* et *Labassée*. Pourtant, la Cour a spontanément tenu à le souligner pour juger que « l'article 8 trouve à s'appliquer dans son volet "vie familiale" » (§ 45). Une telle initiative s'explique sans nul doute par son souhait de ne pas limiter son examen au seul terrain du droit au respect de la vie familiale, mais de se placer également sur **celui du droit au respect de la vie privée, ce qui sera la clef du présent contentieux**²². En effet, les juges européens ont rappelé que « l'impossibilité de faire établir

un lien juridique entre un enfant et un parent biologique » pose la question du « respect de la vie privée », laquelle « exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain » (§ 46). Dès lors, puisqu'il existe « une “relation directe“ (...) entre **la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation** », la Cour tient à affirmer qu'en l'espèce, « l'article 8 trouve donc également à s'appliquer en l'espèce dans son volet “vie privée“ » (§ 46).

- 20 Toujours dans le prolongement de la jurisprudence européenne passée²³, il n'y eût pas davantage de débats entre les parties à l'heure de constater que « le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial unissant les requérants s'analyse en une “ingérence“ dans leur droit au respect de leur vie familiale », la Cour précisant qu'une telle ingérence « pose donc une question sous l'angle des obligations négatives de l'État défendeur au regard de l'article 8 plutôt que de ses obligations positives » (§ 46).
- 21 De manière éminemment classique, il restait donc à apprécier si une telle ingérence répondait au **triptyque des critères de conventionnalité** prévu par le paragraphe second de l'article 8 : être « “prévues par la loi“ », d'abord ; « poursuivi(vre) un ou des buts légitimes », ensuite ; être « “nécessaire dans une société démocratique“ pour les atteindre », enfin (§ 50).
- 22 Certes, et comme souvent, c'est au titre du troisième et dernier critère que le contentieux s'est dénoué. Mais l'examen européen du deuxième critère n'est pas pour autant dénué d'intérêt. Il est en effet tout à fait significatif – parce que rare – que la Cour ait pris la peine de littéralement trier parmi les « buts légitimes » invoqués par le Gouvernement afin de justifier l'ingérence litigieuse, en l'occurrence le refus de reconnaissance du lien juridique de filiation. Ainsi, la juridiction européenne affirme qu'elle « n'est pas (...) convaincue par l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il s'agissait d'assurer “la défense de l'ordre“ et “la prévention des infractions pénales“ », dès lors que « le fait pour des Français d'avoir recours à la gestation pour autrui dans un pays où elle est légale (n'est pas) constitutif d'une infraction en droit français » (§ 61).
- 23 Ce faisant, la Cour recadre singulièrement le débat contentieux et identifie la finalité véritablement poursuivie par « le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention ». Aux yeux des juges européens, cette décision révélée par la jurisprudence de la Cour de cassation « procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et (...) la mère porteuse » (§ 62). Dans ces conditions, **seules la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui » sont retenus par la Cour comme « buts légitimes »** au sens de l'article 8 de la Convention pour justifier l'ingérence litigieuse.
- 24 C'est donc sous cet angle restreint que le refus de reconnaissance du lien de filiation est passé au tamis de l'exigence conventionnelle de « nécessité dans une société démocratique ».

2 – La prévisible neutralité européenne sur le principe de la gestation pour autrui

- 25 Or, d'emblée, la Cour européenne des droits de l'homme tient à mettre en exergue **l'importante marge d'appréciation** dont dispose les Etats – et en l'occurrence, la France – dans le domaine de la gestation pour autrui. Et ce, à l'aune de deux variables.
- 26 D'une part, sur le fondement des résultats d'une « recherche de droit comparé » (v. § 40-42), la Cour estime « 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 » (§ 78). A cette indéniable diversité s'ajoute une évidente sensibilité. En effet, et d'autre part, les juges européens soulignent que « cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique » (§ 79). Il en résulte donc, toujours selon la Cour, 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 » (§ 79).

- 27 Une telle approche ne saurait surprendre, tant la prudence strasbourgeoise est de rigueur sur enjeux aussi débattus que la procréation médicalement assistée²⁴, l'adoption²⁵, l'avortement²⁶ ou même le suicide assisté²⁷. Mais ici, bien plus que l'identification d'une telle marge nationale d'appréciation, fort prévisible concernant la gestation pour autrui, c'est son ostensible affichage qui frappe l'observateur. Manifestement, la Cour a d'emblée tâché de désamorcer au mieux tout risque de déformation de sa propre solution, en signifiant que **ses arrêts Mennesson et Labassée ne sauraient en aucune façon être interprétés comme empêchant à un Etat d'interdire la gestation pour autrui sur son sol ou comme consacrant un droit conventionnel à une telle technique de procréation**.
- 28 Bien sûr, une telle œuvre de pédagogie – à laquelle a notablement contribué le service de presse de la Cour²⁸ – participe d'une indéniable stratégie discursive²⁹, destinée à renforcer la légitimité de la condamnation européenne qui sera prononcée *in fine*. En effet, afin d'éviter de prêter le flanc à la critique de l'excès de pouvoir européen, les juges ont multiplié les signes de déférence envers les décisions nationales. Ainsi, s'ils se sont abstenus d'user de la formule selon laquelle « les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe en ce qui concerne la protection des droits de l'homme »³⁰, ils n'ont pas manqué de saluer le « choix effectué démocratiquement (au sein) » de la « collectivité » nationale pour indiquer qu'il n'est pas dans l'intention strasbourgeoise de « mettre en cause en tant que telle » la décision interne aux sources du litige³¹ (§ 84).
- 29 A ce sujet, force est toutefois de constater que la Cour a quelque peu forcé le trait. Car s'il est indéniable que le législateur français a nettement pris position contre la pratique de gestation pour autrui sur le sol national, il « n'a rien dit »³² sur la question au cœur du présent contentieux. Bien loin d'être un choix du législateur, **le refus de reconnaissance en France du lien juridique de filiation des enfants nés légalement à l'étranger par gestation pour autrui** n'est qu'« une construction de la Cour de cassation »³³ française. Or, si, du point de vue européen et au nom du principe de subsidiarité, les décisions juridictionnelles nationales peuvent bénéficier d'une légitimité comparable à celles des lois votées par les représentants nationaux élus, leur reconnaître la qualité de « choix démocratique » est bien moins évident.
- 30 Quoiqu'il en soit, un tel excès de déférence européenne envers les choix nationaux a pour ambition d'**afficher ostensiblement la prudence de la juridiction strasbourgeoise et son refus de prendre position sur le principe même de la gestation pour autrui**. De cette façon, face à l'évocation du Gouvernement défendeur « des principes d'éthique et de morale qui s'opposent à ce que le corps humain devienne l'objet de transactions et que l'enfant soit réduit à être l'objet d'un contrat » (§ 60), la Cour esquivait les riches débats relatifs au principe même de la gestation pour autrui³⁴ pour se concentrer sur l'examen des conséquences

concrètes de cette prohibition. Et ainsi, accroître l'acceptabilité³⁵ de la condamnation à venir.

*

- 31 Une telle réminiscence stratégique de la jurisprudence « ni-ni »³⁶ – « *ni interdiction, ni obligation* » d'admettre la technique même de gestation pour autrui – est d'autant plus significative qu'elle trouve un écho dans l'arrêt *Hämäläinen c. Finlande* rendu quelques jours plus tard par la Grande Chambre.

*

B – Une confirmation solennelle : L'absence d'un droit conventionnel au mariage des couples de même sexe

- 32 Une fois choisi le terrain et l'angle conventionnels pour examiner le sort du mariage après conversion sexuelle d'un époux (1), il est vite apparu que la voie vers la résolution de ce dilemme passait nécessairement par l'examen d'une question non moins délicate : le droit au mariage des couples de même sexe (2).

1 – L'écueil du choix de l'angle conventionnel

- 33 Si l'enjeu de la gestation pour autrui était relativement inédit en 2014 dans le prétoire strasbourgeois, tel n'était pas le cas de celui du changement de sexe. De son propre aveu, la Cour souligne en effet qu'elle « *a déjà eu à examiner plusieurs affaires se rapportant à l'absence de reconnaissance juridique des changements de sexe résultant d'opérations de conversion sexuelle* » (§ 68)³⁷, au point d'ailleurs qu'une utile fiche thématique ait été consacrée à ce thème par les services de la Cour³⁸.
- 34 Dès lors, l'applicabilité de la Convention à l'affaire *Hämäläinen*, relative aux conséquences juridiques d'une conversion sexuelle, ne faisait guère de doute. La Grande Chambre parvient donc sans mal à juger que « *l'absence de reconnaissance juridique de son changement de sexe* » dont se plaint la requérante « *relève de la notion de "vie privée" au sens de l'article 8 de la Convention* » (§ 59), mais « *également de la notion de "vie familiale"* », puisque l'affaire a également trait à la transformation d'un mariage en un partenariat enregistré à raison de la conversion sexuelle (§ 60).
- 35 Or, c'est autour de ce dernier point qui se cristallise toute l'originalité et la difficulté du contentieux ainsi porté devant la Cour, contrainte une fois de plus de naviguer avec prudence.
- 36 **Le premier écueil** fut celui du choix de l'angle d'analyse conventionnelle. Et à cet égard, les hésitations strasbourgeoises sont éloquentes. En 2012, la formation de Chambre avait décidé d'appréhender le refus litigieux d'attribution d'un « *nouveau numéro d'identité féminin* » comme une ingérence et un possible manquement à l'obligation étatique **de ne pas** porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la requérante (§ 44 de l'arrêt de Chambre). Mais en 2014, la Grande Chambre est revenue sur choix en « *juge(ant) plus approprié d'analyser le grief de la requérante du point de vue des obligations positives* découlant de l'article 8 de la Convention » (§ 64). Plus précisément, elle estime que « *la question à*

trancher par elle est celle de savoir si le respect de la vie privée et familiale de la requérante implique pour l'État l'obligation positive de mettre en place une procédure effective et accessible, propre à permettre à la requérante de faire reconnaître juridiquement son nouveau sexe tout en conservant ses liens maritaux » (§ 64).

- 37 Bien sûr, les deux formations successives de jugement ont chacune insisté sur la finesse de la frontière entre ces deux angles, en rappelant à l'envi que « *les principes applicables à l'appréciation des obligations positives incombant à un État au titre de l'article 8 sont comparables à ceux régissant l'appréciation de ses obligations négatives* » (§ 65 de l'arrêt de Grande Chambre et § 43 de l'arrêt de Chambre). Mais une telle antienne, si fréquemment relayée³⁹, prête singulièrement à discussion. En effet, ainsi que le soulignent à juste titre les juges Sajó, Keller et Lemmens dans leur opinion dissidente commune, ce choix n'est pas indifférent car « *la Cour accorde aux États une marge d'appréciation plus large en matière d'obligations positives que d'obligations négatives* » (§ 4)⁴⁰. Ceci est crucial, car à l'exacte image des affaires *Mennesson* et *Labassée*, la question de l'ampleur de la liberté étatique et celle, corrélative, de l'intensité du contrôle européen sont au cœur du contentieux. Et chacune dépend de l'existence ou non d'un consensus européen.

2 – L'écueil du droit au mariage pour les couples de même sexe

- 38 Or, le **second écueil** qui se profilait devant la Grande Chambre était lui-même étroitement lié au constat de l'existence ou de l'absence d'un tel consensus. En effet, **poser la question du sort d'un mariage au lendemain de la conversion sexuelle de l'un des époux revient nécessairement à aborder l'enjeu du droit au mariage pour les couples de même sexe**. La Grande Chambre l'a d'ailleurs reconnu sans fard, en notant que si « *la requérante ne revendique pas le droit au mariage pour les homosexuels en général mais (...) souhaite simplement préserver son propre mariage* », il n'en demeure pas moins que « *si l'intéressée obtenait satisfaction, il en résulterait en pratique une situation dans laquelle deux personnes de même sexe pourraient être unies par le mariage (en dépit du fait qu') actuellement (...) pareil droit au mariage n'existe pas en Finlande* » (§ 70). Dès lors, la formation solennelle strasbourgeoise était inéluctablement contrainte d'« *examiner si, dans les circonstances de l'espèce, la reconnaissance d'un tel droit (au mariage des couples de même sexe) est requise par l'article 8 de la Convention* » (§ 70).
- 39 En guise de réponse à cette question, la Grande Chambre renoue avec la jurisprudence « *ni-ni* » : ni reconnaissance d'un droit conventionnel au mariage pour les couples de même sexe, ni interdiction d'une telle éventualité. En effet, en formation solennelle, la Cour « *réitère sa jurisprudence selon laquelle l'article 8 de la Convention ne peut être compris comme imposant aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels* » (§ 71). Mais bien plus encore que la solution ainsi confirmée, c'est le raisonnement retenu pour y parvenir qui mérite l'attention.
- 40 A l'exacte image de ce qu'elle fit dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, sur le terrain du droit au mariage (Art. 12)⁴¹, la Cour parvient à ce résultat au terme d'un examen de l'état des législations nationales à ce sujet. En 2010, il fut relevé que « *pas plus de six sur quarante-sept États parties à la Convention autoris(ai)ent* » le mariage des couples de même sexe. **En 2014, la Cour en recense dix** (§ 73). Mais une telle évolution, pourtant significative, n'a pas été jugée suffisante pour dégager de l'article 8 un droit conventionnel au mariage pour tous les couples. Dès lors, après avoir également constaté que « *parmi les États membres qui interdisent le mariage homosexuel, seuls six se sont dotés d'une législation applicable*

à la reconnaissance du genre » (§ 73), la Grande Chambre considère que l'« on ne peut pas dire qu'il existe au niveau européen un consensus sur l'autorisation du mariage homosexuel ni, dans les États qui interdisent pareil mariage, sur la façon dont il convient de réglementer la reconnaissance des changements de sexe dans les cas de mariages préexistants » (§ 74).

41 La conclusion européenne est donc sans surprise : « en l'absence d'un consensus européen, et compte tenu du fait que la présente affaire soulève indubitablement des questions morales ou éthiques délicates, **la Cour estime que la marge d'appréciation à accorder à l'État défendeur demeure large** » (§ 75).

42 Or, une fois encore, un tel raisonnement révèle combien la démarche strasbourgeoise est doublement stratégique à l'heure d'examiner des questions délicates de société. En effet, et **d'une part**, en indexant sur ce « consensus européen » l'interprétation des textes conventionnels pour ces sujets « en constante évolution dans les États membres du Conseil de l'Europe » (§ 72), la Cour laisse ostensiblement la porte ouverte à **des évolutions futures**, même concernant le droit au mariage pour les couples de même sexe⁴². **D'autre part**, l'arrêt *Hämäläinen* confirme également combien la Cour use à sa convenance, et donc « stratégiquement »⁴³, de cette notion de consensus européen. De fait, à l'aune du raisonnement retenu par la Grande Chambre, il convient de rappeler une fois encore combien **le constat d'un consensus ou de son absence est toujours le produit d'un choix réalisé à dessein par les juges**⁴⁴.

43 Certes, le refus de conclure à l'existence d'un consensus sur le droit au mariage des couples de même sexe ne saurait surprendre, tant les États parties ayant ouvert ce droit restent minoritaires en Europe. Mais il n'aurait pas été inutile que la Grande Chambre nuance ce constat en rappelant ses propres mots, prononcés huit mois auparavant : « bien qu'il n'y ait pas de consensus au sein des ordres juridiques des États membres du Conseil de l'Europe, **une tendance se dessine actuellement** quant à la mise en œuvre de formes de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe »⁴⁵.

44 La méthodologie européenne interpelle plus encore concernant la mobilisation de la notion de consensus aux fins de concéder une large marge nationale d'appréciation concernant la reconnaissance juridique des personnes ayant fait l'objet d'une conversion sexuelle⁴⁶. A rebours complet de la jurisprudence européenne passée, la Cour s'abstient en effet de se fonder sur « une tendance internationale continue »⁴⁷ pour, au contraire, insister sur l'absence de consensus européen⁴⁸. Surtout, conclure qu'« il existe (pas) au niveau européen un consensus sur (...) la façon dont il convient de réglementer la reconnaissance des changements de sexe dans les cas de mariages préexistants » n'a guère de sens en l'espèce, alors que « la Finlande appartient déjà à un groupe minoritaire d'États qui reconnaît les conséquences juridiques pertinentes d'un changement de sexe »⁴⁹. En d'autres termes, il est curieux que la Grande Chambre n'en ait pas déduit que « l'étroitesse de (l')échantillon (d'États observés) ne permet de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe »⁵⁰, comme elle le fit pourtant dans son arrêt *X. et autres c. Autriche* de février 2013.

45 En définitive, si la Cour use toujours d'un mode discursif qui donne le sentiment à l'observateur que le consensus européen s'impose à la juridiction, la réalité est bien différente⁵¹ : que ce soit pour constater son absence ou donner corps à son existence, **la juridiction européenne est seule maîtresse de ce consensus, de ses fonctions contentieuses, ainsi que de leur possible désactivation au profit de la protection des droits individuels**.

*

- 46 En effet, pour reprendre les mots éloquents du Président Spielmann, « *l'absence de consensus n'est pas nécessairement un obstacle au progrès jurisprudentiel* » et n'empêche pas la Cour de faire preuve de « *progressisme pragmatique* »⁵². De fait, tout comme l'existence d'un net consensus européen n'emporte pas toujours *ipso facto* la disparition de toute marge nationale d'appréciation⁵³, la réciproque est également vraie : **le constat d'absence de consensus dans l'espèce européen ne fait pas nécessairement naître une inexpugnable marge d'appréciation sur laquelle se fracasserait irrémédiablement les prétentions des requérants.**
- 47 Car une fois encore, si la Cour européenne des droits de l'homme peut concéder aux Etats une substantielle marge d'appréciation dans une optique stratégique – ne pas heurter frontalement les choix nationaux –, il lui est également loisible de mobiliser différents outils pour **désactiver cette marge d'appréciation**, toujours à des fins stratégiques – ne pas renoncer à protéger effectivement les droits et libertés conventionnels.
- 48 Pour ce faire, l'un des outils privilégiés de la Cour réside dans **le levier de la non discrimination**. En effet, sous cet angle, la juridiction européenne peut exiger des États une égale protection de toutes les personnes placées sous leur juridiction, sans nécessairement avoir à faire produire à la Convention des conséquences nouvelles en termes de droits substantiels⁵⁴. Car si la Convention peut parfois être interprétée comme n'exigeant pas la reconnaissance d'un droit, l'article 14 requiert en principe d'un Etat ayant **volontairement** décidé de protéger un droit qu'il l'accorde à tous sans discrimination aucune. Récemment, il en fut ainsi pour l'adoption coparentale en Autriche⁵⁵ ou l'accès au partenariat civil en Grèce⁵⁶ au profit de tous les couples.
- 49 Mais la Cour européenne des droits de l'homme peut aussi contrebalancer l'absence de consensus européen et ainsi réduire significativement la marge nationale d'appréciation en insistant sur **la nécessité de protéger un impératif clef**. Sur le terrain de l'article 8, tel sera le cas lorsque le contentieux a trait à des « *valeurs fondamentales* » ou des « *aspects essentiels* » de la vie privée et familiale, lesquels en viennent à primer sur la nature moralement, éthiquement et même politiquement délicate du sujet. Or, dans les affaires *Mennesson c. France* et *Labassée c. France*, puis – dans une moindre mesure – l'affaire *Hämäläinen c. Finlande*, c'est ce levier que la Cour maniera pour nuancer voire passer outre « *l'absence d'un consensus, ou (...) la présence d'un vide législatif comparé concernant une vraie question de société* »⁵⁷. Et ainsi, opérer un contrôle européen attentif au nom de l'indispensable protection d'« *un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu* » (§ 77 de l'arrêt *Mennesson* et § 67 de l'arrêt *Hämäläinen*).

*

2°/- L'indispensable protection conventionnelle : Une jurisprudence incisive sur l'irréductible droit à l'identité

- 50 Pour la Cour européenne, vivre à « *l'âge de la subsidiarité* »⁵⁸ implique de faire preuve autant de confiance que d'exigence envers les autorités et juridictions nationales.

Surtout, la marge d'appréciation concédée aux Etats ne saurait valoir blanc seing absolu, nulle sphère d'activité humaine ne devant échapper au regard strasbourgeois au seul motif que l'enjeu est particulièrement sensible. A cet égard, le discours européen est d'une heureuse clarté : « *les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour* »⁵⁹.

- 51 Ainsi, sans remettre en cause frontalement un choix national souverain, la Cour peut en apprécier les conséquences sur d'irréductibles droits conventionnels. Cependant, ces droits bénéficient eux-mêmes d'une protection variable. Car si **le droit à l'identité d'un enfant** est perçu comme susceptible de nuancer – si ce n'est renverser – une opposition étatique à la gestation pour autrui (A), **le droit à l'identité d'un adulte transsexuel** n'a quant à lui pas suffi à infléchir le veto national opposé au mariage des couples de même sexe (B).

A – Un droit à l'identité sublimé *via* l'intérêt supérieur de l'enfant

- 52 « *Rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution* » (§ 81). Dans le phrasé européen, une telle formule est récurrente. Mais la métaphore de la balance qu'elle véhicule n'est pas toujours opportune, tant cette idée peut contrevenir à la structure même du texte conventionnel, lequel protège **par principe** un droit avant d'envisager, par exception seulement, que d'autres intérêts puissent justifier sa restriction⁶⁰.
- 53 Quoiqu'il en soit, l'usage par la Cour de cette image de la mise en balance à l'occasion d'affaires sensibles ne saurait surprendre. En effet, là encore, la démarche européenne ne peut se départir d'une dimension éminemment stratégique sur le plan argumentatif. Car si les juges strasbourgeois peuvent ainsi donner le sentiment que le juste équilibre est un constat qui s'impose à eux, en réalité, **ce sont bien eux qui confèrent à chacun des éléments mis en balance le poids souhaité**.
- 54 Dans les affaires *Mennesson* et *Labassée*, la Cinquième Section a sciemment mis en exergue les impératifs concurrents en présence, en laissant d'emblée suggérer le sens vers lequel la balance serait susceptible de pencher.
- 55 **D'une part**, figurent les impératifs mobilisés par le Gouvernement. Il en est ainsi du « *choix d'éthique du législateur français d'interdire la gestation pour autrui* » (§ 83), dont la Cour de cassation a déduit – en mobilisant « *l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé* » – le refus de « *transcription des actes de l'état civil étranger des enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée en-dehors de la France* » (§ 83). Et ce, au motif que statuer autrement « *aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit contourné et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction* » de la gestation pour autrui sur le sol français (§ 83).
- 56 **D'autre part**, les droits individuels des requérants apparaissent en contrepoids, synthétisés par la Cour sous le vocable d'« *intérêt des requérants (...) à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale* » (§ 84). A nouveau, le phrasé européen prête le flanc à la critique, en ce qu'il **rérograde un droit conventionnel au rang de simple « intérêt »**. Ceci, pour mieux le mettre en balance avec les « *choix* » et « *intérêts* » étatiques justifiant l'interdiction litigieuse de la transcription des actes d'état civil. La nuance discursive peut sembler infime, mais elle n'est pas sans conséquence, en particulier envers le droit des parents à une vie familiale. Par contraste, la Cour tâche

immédiatement de faire lourdement pencher la balance **en faveur du droit des enfants, pris individuellement**. En effet, après avoir insisté sur le fait « *qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation* » (§ 80), les juges européens subliment ce qui constitue un autre « *principe essentiel* » : celui « *selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer* » (§ 84).

- 57 En vertu de l'importance reconnue à « *l'intérêt supérieur des enfants* » (§ 81), la Cour assume donc la dissociation – clef pour la condamnation de la France – entre **le sort global de la cellule familiale (1) et la situation individuelle des enfants (2)**.

1 - La critiquable persistance d'un contrôle globalisant des atteintes à la vie familiale

- 58 **En premier lieu**, la Cour se concentre sur le seul terrain du droit au respect de la vie familiale, afin d'apprécier si ce droit a été violé en raison du refus français de reconnaître la filiation unissant chaque couple à leurs enfants nés par gestation pour autrui. Or, sans surprise aucune, les juges européens décident de s'inscrire dans le droit-fil de leur jurisprudence passée⁶¹ : à leurs yeux, « *moins que le refus d'établir formellement le lien juridique de filiation adoptive, ce qui importe est l'impact concret dudit refus sur la protection effective de la vie familiale* »⁶². En d'autres termes, peu importe le flacon juridique, pourvu que l'on ait l'ivresse de la protection effective de la vie familiale.
- 59 Ainsi, la Cour ne s'attache qu'aux « *obstacles concrets* » (§ 92) nés du refus de reconnaissance officielle du lien de filiation sur la vie de chacune des familles. Or, ces difficultés concrètes sont nombreuses. Faute pour les enfants de disposer d'actes d'état civil français, « *chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation* », les familles « *se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l'incompréhension, des personnes auxquelles ils s'adressent* », ce qui donne lieu à de nombreuses difficultés quotidiennes (§ 88). Plus délicat encore est le fait que les enfants « *ne se sont pas vu(s) reconnaître la nationalité française* » puisqu'à ce jour, aucun lien de filiation n'a été établi avec leurs parents (§ 89). Certes, une récente circulaire en date du 25 janvier 2013 – souvent désignée dans la presse comme la circulaire « *Taubira* »⁶³ – tend à faciliter la délivrance de certificats de nationalité française pour les enfants nés légalement à l'étranger d'un ou de deux parents français. Mais le Gouvernement n'est pas parvenu à convaincre la Cour qu'une telle éventualité était acquise, tant l'interprétation des règles prévues aux articles 18 et 47 du code civil demeure « *particulièrement complexe, voire aléatoire* » (§ 90). Au surplus, à cette forte incertitude « *s'ajout(e) des inquiétudes fort compréhensibles quant au maintien de la vie familiale (entre les enfants et leur mère) en cas de décès du (père) ou de séparation du couple* », dans la mesure où seul le père dispose d'un lien biologique de filiation.
- 60 Mais en dépit de toutes ces difficultés et « *quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants* », la Cour estime que **cela ne saurait suffire à caractériser une violation du droit à une vie familiale** (§ 94). Dans la foulée de ses arrêts *Chavdarov c. Bulgarie*⁶⁴ ou *Harroudj c. France*⁶⁵, elle estime que ces indéniables désagréments sont indifférents, dès lors que les membres de chaque famille ont « *pu s'établir (...) en France* » à leur retour des Etats-Unis et ont été « *en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles,*

(sans) risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français » (§ 92).

- 61 Un tel constat juridictionnel est à double tranchant. Certes, en raisonnant ainsi, la Cour trace en creux une limite absolue que les autorités d'un Etat ne sauraient franchir : même si une cellule familiale a été constituée de manière atypique, voire en contrariété directe ou indirecte avec le droit national, **cela ne saurait justifier son démantèlement**. De plus, l'action des autorités ne peut troubler à l'excès **le droit de cette famille de « vivre ensemble dans des conditions globalement comparables » aux autres**. Cependant, le raisonnement européen fait quelque peu litière des importantes difficultés concrètes subies par chaque famille. En les jugeant tolérables, la Cour semble donc considérer que seules des situations extrêmes permettraient de caractériser une atteinte à la vie familiale. Surtout, en évoquant *in fine* « la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur » comme critère d'évaluation de la gravité de cette atteinte, la juridiction européenne tend à signifier que la protection du cœur de la vie familiale ne constitue pas un « aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu » (§ 77) susceptible de nuancer la liberté étatique.
- 62 Mais si la solution européenne sur le terrain du droit au respect de la vie familiale n'est pas à toutes épreuves, au point d'incarner à nouveau la « regrettable tendance à la pusillanimité face aux questions familiales brûlantes »⁶⁶, force est de constater que cela a été nettement contrebalancée par la retentissante analyse menée par la Cour sur **le terrain du droit au respect de la vie privée** des enfants.

2 - La louable émergence d'un contrôle incisif au profit du droit à l'identité de l'enfant

- 63 **En second lieu**, par un remarquable jeu de miroir, ce que la Cour a refusé de percevoir comme une atteinte au droit au respect de la vie familiale devient, à ses yeux, une violation du droit au respect de la vie privée. Ainsi, la « situation d'incertitude juridique » (§ 96) dans laquelle sont placés les enfants nés légalement à l'étranger par gestation pour autrui est le motif de la condamnation infligée à la France.
- 64 Pour parvenir à un tel renversement de perspective, les juges européens ont examiné la situation factuelle sous un prisme conventionnel différent : **le droit à l'identité**. Ce dernier n'est certes pas inédit dans la jurisprudence européenne, la Cour ayant notamment jugé à maintes reprises que « le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de “vie privée”, qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle dont l'identité des géniteurs fait partie »⁶⁷. Mais dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, ce droit se voit conférer **un poids conventionnel considérable**, au point de contrebalancer d'autres impératifs majeurs et ainsi permettre à la Cour de parvenir à un résultat spectaculaire.
- 65 Pour porter ainsi au pinacle conventionnel un tel droit à l'identité, les juges européens le font reposer sur deux solides piliers. **Le premier est celui de la filiation**, puisqu'il est rappelé 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 « un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation » (§ 96). **Le second pilier est celui de la nationalité**, reconnu comme « un élément de l'identité des personnes » (§ 97) en particulier depuis l'arrêt *Genovese c. Malte*⁶⁸. L'ensemble de l'édifice est éclairé par **la notion clef de « l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant »** (§ 99)⁶⁹.

- 66 Or, en l'espèce, le refus de transcription en France des actes d'état civil établis légalement aux Etats-Unis heurte frontalement ce droit à l'identité de l'enfant en ces différentes facettes. Il en est **d'abord** ainsi de la filiation, puisque « *la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants (du couple d'intention), leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique* » ce qui, pour la Cour, constitue une « *contradiction (qui) porte atteinte à leur identité au sein de la société française* » (§ 96). Il en est de même, **ensuite**, s'agissant de la nationalité, étant rappelé la « *troublante incertitude quant à la possibilité (pour les enfants nés par gestation pour autrui) de se voir reconnaître la nationalité française* » (§ 97). Partant, et là encore, la juridiction européenne estime que « *pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité* » (§ 97).
- 67 A ce stade, et au seul soutien du droit à l'identité éclairé par l'intérêt supérieur de l'enfant, il était d'emblée loisible à la Cour européenne d'entrer en voie de condamnation et de constater la violation par la France du droit au respect de la vie privée des enfants nés légalement à l'étranger par gestation pour autrui. Pourtant, et de manière assez discutable, les juges ont ajouté trois points supplémentaires avant de parvenir à une telle conclusion.
- 68 **Premièrement**, les conséquences successorales qui résultent de l'absence de reconnaissance du lien juridique de filiation entre les parents d'intention et les enfants nés par gestation pour autrui sont de nouveau mises en lumière. Mais alors que **la situation nettement défavorable des enfants** n'avait pas été jugée suffisante pour caractériser une atteinte au droit au respect de la vie familiale, la Cour estime que tel est le cas sur le terrain du droit à l'identité. En effet, il est jugé que de tels désagréments successoraux révèlent « *là aussi (...) un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés* » (§ 98). Une telle analyse est quelque peu surprenante, car elle revient à **intégrer des enjeux patrimoniaux aux éléments clefs de l'identité personnelle**. Certes, il n'est pas douteux que le droit d'hériter peut être perçu comme intrinsèquement lié à la filiation. Néanmoins, outre que cela contredit quelque peu la jurisprudence européenne passée⁷⁰, une telle extension risque de diluer et donc affaiblir la notion de droit à l'identité.
- 69 **Deuxièmement**, toujours aux fins de stratégie argumentative, la Cour tient à dissocier une fois encore le sort des parents de celui des enfants, en soulignant 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* » (§ 99). Il est en effet noté que si « *seuls (les parents) ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises* », les conséquences du refus de transcription « *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* » (§ 99). En d'autres termes, la Cour suggère que les enfants ne sont pas responsables d'une situation issue du choix de leurs parents et ne devraient donc pas avoir à en subir les conséquences. *A contrario*, cela signifie que les parents ne peuvent que s'en prendre à eux-mêmes s'ils subissent les affres de cette situation.
- 70 Une telle assertion européenne, largement surabondante, peut aisément se comprendre dans le contexte de **grande sensibilité de la question de la gestation pour autrui**. Manifestement, la Cour a eu à cœur d'offrir des gages aux Etats interdisant cette pratique procréative sur leur sol. Mais ce discours n'en a pas moins une saveur particulière, puisque les juges en viennent à suggérer qu'une atteinte aux droits fondamentaux pourraient être tolérée au seul motif que les titulaires de ces droits ont contribué à créer

non pas une situation prohibée – car à ce jour, la France n'interdit pas aux couples français de recourir à la gestation pour autrui à l'étranger –, mais **une situation que les autorités ne souhaitent simplement pas « encourager »**. A l'évidence, une telle logique porte en germes de funestes potentialités. Ainsi, s'agissant du refus d'accès à la procréation médicalement assistée ou à l'avortement sur le sol d'un Etat partie, la Cour a déjà eu l'occasion d'estimer qu'une telle hypothèse ne violait pas en soi les droits conventionnels, dès lors que les ressortissants de l'Etat peuvent aller à l'étranger pour accéder à ces techniques⁷¹. Or, il serait pour le moins paradoxal que **d'une part**, un Etat soit ainsi libre de prohiber une technique procréative ou abortive sur son sol, mais que **d'autre part**, il soit tout aussi libre de sanctionner – même indirectement – ceux de ses ressortissants qui ont usé de leur liberté de circulation pour accéder à ces techniques.

71 **Troisièmement**, pour parvenir au constat de violation du droit au respect de la vie privée des seuls enfants, la Cour attache une importance particulière au fait que « *l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant* » (§ 100). En effet, dans les affaires *Mennesson* et *Labassée*, les gamètes de l'époux furent utilisées pour féconder *in vitro* des ovules fournies par une tierce personne avant que les embryons ainsi constitués soient reçus par la mère porteuse. Mais le droit français tel qu'interprété par la Cour de cassation⁷², faisait même « *obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique* » (§ 100). Or, pour la Cour, « *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* » (§ 100). En statuant ainsi, la Cour conforte donc singulièrement la « *tendance (...) à une plus grande protection du droit d'un enfant à voir établie sa filiation paternelle* »⁷³. Elle en vient même à infléchir singulièrement sa jurisprudence *Chavdarov* de 2010, où l'intérêt de l'enfant à voir reconnu le lien de filiation avec son père biologique avait été quelque peu minoré, voire ignoré⁷⁴.

72 En 2014, l'insistance avec laquelle la Cour européenne évoque le lien biologique de filiation unissant le père à ses enfants nés par gestation pour autrui est compréhensible, sa propre jurisprudence n'ayant eu de cesse que de marteler « *l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun* » (§ 97)⁷⁵. Dès lors, ce fait permet de justifier plus fortement encore le constat de violation du droit à l'identité des enfants et l'idée selon laquelle « *l'Etat défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation* » (§ 100). Toutefois, les juges strasbourgeois ont regrettamment manqué de préciser si cet argument n'était **que confortatif voire surabondant**, ou s'il s'agit **d'une véritable clef de la condamnation**. Répondre à cette question est pourtant essentiel, car les conditions même d'exécution des arrêts *Mennesson* et *Labassée* en dépend. Une interprétation *a minima* et restrictive de ces arrêts signifierait que les Etats parties – et en particulier la France – pourraient respecter l'article 8 de la Convention dès lors qu'ils se bornent à reconnaître le lien juridique de filiation entre le père biologique et les enfants nés par gestation pour autrui⁷⁶. Mais ce faisant, la mère d'intention, par hypothèse aussi impliquée que le père dans le projet parental et l'éducation des enfants, pourrait être littéralement laissée à l'écart.

73 De nombreux arguments plaident en faveur d'une **lecture plus extensive des arrêts *Mennesson* et *Labassée***, en particulier la nécessité de protéger le droit de toute la famille ainsi constituée de « *vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles* » (§ 92). Au surplus, il serait pour le moins incongru que

le droit des enfants à « *établir les détails de (leur) identité d'être humain* » (§ 96) ainsi que leur « *intérêt supérieur* » se satisfassent de la véritable fracture juridique au sein de leur famille qu'entraînerait la reconnaissance asymétrique des liens avec chacun de leurs parents d'intention. Il est donc regrettable que la Cour n'ait pas d'emblée levé l'incertitude sur ce point pourtant crucial.

Addendum au 12 septembre 2014 : Les apports de la décision *D. et autres c. Belgique* sur le droit au retour des familles constituées à l'étranger par gestation pour autrui

Si la portée exacte des arrêts *Mennesson* et *Labassée* « *fait l'objet d'un vif débat chez les juristes* »⁷⁷, une seconde prise de position de la Cour européenne des droits de l'homme sur la gestation pour autrui mérite l'attention.

En effet, quelques jours à peine après les deux arrêts ainsi forgés par la Cinquième Section, la Deuxième Section de la Cour européenne a rendu **une décision en date du 8 juillet 2014**⁷⁸ – qui ne fut mise en ligne que ce 11 septembre 2014⁷⁹ – par laquelle elle a déclaré irrecevable la requête initiée par un couple belge et leur enfant né par gestation pour autrui.

Or, en dépit des apparences, cette décision d'irrecevabilité ne révèle **aucune contradiction flagrante au sein de la jurisprudence européenne**. Elle n'est pas davantage « *extrêmement sévère pour les commanditaires et pour l'enfant* », comme des commentateurs ont pu l'asséner⁸⁰. Au contraire, elle confirme pleinement que **la protection conventionnelle bénéficie aussi aux familles ainsi créées par gestation pour autrui**. Enfin, sauf à se méprendre radicalement sur le sens du raisonnement européen, **il ne saurait être déduit de cette décision une quelconque limitation de la famille issue d'une gestation pour autrui au seul lien biologique de filiation**.

A l'exacte image des affaires *Mennesson* et *Labassée*, cette affaire *D. et autres c. Belgique* concernait la situation d'un couple marié désireux de mener à bien leur projet parental et qui, pour ce faire, s'est rendu à l'étranger afin de recourir légalement à une gestation pour autrui. Ressortissants de Belgique, où cette technique procréative « *n'est encadrée par aucune législation ou réglementation spécifique* » (§ 19), les deux époux choisirent l'Ukraine. Preuve de la diversité du paysage européen, la gestation pour autrui y est autorisée dans cet Etat partie à la Convention. L'Ukraine admet ainsi que « *le couple (qui sollicite la mère porteuse) soit reconnu comme étant les parents de l'enfant* », à condition toutefois que ce « *couple soit marié, que le matériel biologique soit fourni par au moins un des deux époux et qu'il n'y ait pas de lien biologique entre l'embryon et la mère de substitution* » (§ 26). Ainsi, après la naissance de l'enfant le 26 février 2013, les deux époux belges obtinrent un acte de naissance ukrainien leur reconnaissant chacun la qualité de parent.

Le profil de l'affaire *D. et autres* se distingue toutefois des affaires *Mennesson* et *Labassée* par **la différence de réaction des autorités nationales**. Si dans les affaires françaises, les couples furent autorisés à revenir sur le sol national en compagnie de leurs enfants respectifs, telle ne fut pas l'attitude des autorités belges. En effet, le 18

mars 2013, l'ambassade de Belgique à Kiev refusa de délivrer un passeport belge au profit de l'enfant (§ 8) et le recours en référé initié contre cette décision fut rejeté le 5 avril (§ 12). Dans ces conditions, puisque leur droit de séjour en Ukraine toucha à sa fin, le couple fut contraint de rentrer le 25 avril 2013 en Belgique sans leur enfant. Ils engagèrent une nourrice pour s'occuper de lui en leur absence et purent seulement revenir épisodiquement en Ukraine (§ 14-15). Mais le 31 juillet, la cour d'appel de Bruxelles infirma la décision de première instance rendue en référé et ordonna à l'Etat belge de délivrer les documents nécessaires à l'arrivée de l'enfant sur le sol belge auprès du couple (§ 16), ce qui eût finalement lieu le 6 août (§ 18).

Entretemps, le 30 avril 2013, les deux époux avaient initié une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, au sein de laquelle ils ont fait valoir que le refus de permettre à l'enfant d'accéder au territoire belge afin qu'il vive en leur compagnie emportait la violation des articles 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradants) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention.

Mais à l'heure pour la juridiction européenne de statuer, la situation avait donc changé. Dans ces conditions, la Cour a d'emblée écarté le grief visant en soi le refus de délivrance du titre de séjour (§ 36) pour se concentrer sur ceux relatifs à **l'impact d'une telle décision**, laquelle a entraîné la séparation du couple et de l'enfant pendant environ trois mois.

En écho aux arrêts *Mennesson* et *Labassée*, c'est sur le même terrain de l'article 8 de la Convention que la Cour examine cette dimension du contentieux. Et force est de constater qu'en juillet 2014, la Deuxième Section use d'un raisonnement parfaitement comparable à celui mobilisé en juin 2014 par la Cinquième Section.

D'une part, il est jugé que la cellule familiale constituée par le couple et l'enfant nés par gestation pour autrui peut bien prétendre à cette qualité de « *famille* » au sens de la Convention. Et ce, non seulement « *depuis l'arrivée (de l'enfant) en Belgique, tous les trois vivent effectivement ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle* ». Mais aussi et surtout, dès la naissance de l'enfant, « *les requérants (ayant) souhait(é) s'occuper de l'enfant (...) comme des parents depuis sa naissance et qu'ils ont entrepris des démarches afin de permettre une vie familiale effective* » (§ 49).

Ce faisant, la Cour refuse clairement de suivre l'argumentation de ceux qui, à l'instar d'une association auteure d'une tierce intervenante dans cette affaire, affirmaient « *qu'il n'est pas question en l'espèce de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention* » (§ 47). La position de cette même association selon laquelle « *la gestation pour autrui (GPA) est contraire à la dignité humaine, tant pour la mère porteuse que pour l'enfant et que cette pratique devrait être interdite dans tous les États membres du Conseil de l'Europe* » (§ 47) est également battue en brèche par la suite de l'analyse européenne.

D'autre part, en effet, la Deuxième Section conforte la jurisprudence « *ni-ni* » – « *ni interdiction, ni obligation* » d'admettre la technique même de gestation pour autrui⁸¹ – retenue par la Cinquième Section. En ce sens, et une fois encore, l'absence de « *consensus* » européen et l'importance de la marge d'appréciation sont mises en exergue pour ces « *questions morales ou éthiques délicates* » (§ 54). Mais comme dans les affaires

Mennesson et Labassée, une telle circonstance ne fait nullement obstacle à l'exercice d'un contrôle européen pour **vérifier que les droits conventionnels n'ont pas été gravement affectés**.

De fait, dans l'affaire *D. et autres c. Belgique*, la Cour tâche là encore d'apprécier **concrètement** si les actions et abstentions de l'Etat ont, **dans les circonstances de l'espèce**, suscité une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée et familiale des requérants.

Or, si la Deuxième Section répond en l'espèce par la négative, c'est uniquement parce qu'elle « *est d'avis* » que « *eu égard aux circonstances de l'espèce, (...) ni la procédure en référé, ni la période de séparation effective entre (le couple) et (l'enfant) ne sauraient être considérées comme déraisonnablement longues* » (§ 58). Et ce, essentiellement pour **deux motifs**.

Premièrement, la Cour relativise quelque peu l'impact de la période de « *trois mois et douze jours* » durant laquelle le couple fut séparé de l'enfant. Car non seulement les époux « *se sont déplacés régulièrement (en Ukraine pendant cette période) afin de passer du temps avec l'enfant A. et que cela n'a été empêché par aucune autorité* » (§ 61). Mais de plus, ils « *pouvaient raisonnablement prévoir – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – que la procédure à laquelle ils seraient confrontés afin de faire reconnaître la filiation et afin de faire venir l'enfant en Belgique (...) engendreraient forcément un certain délai* » (§ 60).

Deuxièmement, et surtout, la juridiction européenne justifie l'existence même de telles lenteurs administratives, dès lors que « *la Convention ne saurait obliger les États parties à autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes* » (§ 59).

Par cette assertion, **la Cour ne confère aucunement à l'Etat le droit de démanteler une famille, fût-elle constituée via une gestation pour autrui⁸²**. Simplement, les autorités nationales sont **habilitées à réaliser diverses vérifications afin d'apprécier la réalité de cette famille et les conditions dans lesquelles elle a été créée**.

Ainsi, il est loisible à un Etat de mettre en place diverses mesures de contrôle afin de « *protéger les droits d'autrui, en l'espèce, les droits de la mère porteuse et, dans une certaine mesure également, les droits de (l'enfant)* » et aussi lutter contre « *la traite des êtres humains* »⁸³ (§ 52). En d'autres termes, il s'agit d'éviter que, sous couvert de projets parentaux factices, des enfants fassent l'objet de trafics susceptibles de mettre gravement en péril leur bien être.

En particulier, les autorités d'un Etat peuvent contrôler **la véracité des dires de personnes qui affirment être les parents d'un enfant**. S'agissant d'enfants prétendument nés par gestation pour autrui, il s'agit surtout d'évaluer si tel est bien le cas et **si la législation de l'Etat étranger où l'enfant serait ainsi né a bien été respectée**.

C'est précisément ce contrôle que les autorités et juridictions belges ont effectué. Et **c'est précisément dans ce cadre qu'il convient d'interpréter la référence au lien biologique de filiation.**

En effet, si la Cour européenne tient compte – *in fine* et parmi d'autres éléments – du fait que le juge belge de premier instance a « *estimé qu'il ne disposait pas de suffisamment d'éléments pour établir prima facie le lien de filiation biologique de l'enfant (...) avec les requérants* » (§ 62), c'est uniquement pour **évaluer la justification du retard ainsi pris dans la procédure de délivrance des documents permettant la réunion de la famille sur le sol belge.** Or, puisque parmi les conditions de légalité de la gestation pour autrui en Ukraine figure la nécessité que « *le matériel biologique soit fourni par au moins un des deux époux* » (§ 26), il était légitime que les autorités belges en vérifie le respect **en l'espèce**, sans que cela ne constitue pour autant un critère conventionnel.

Dans ces conditions, il est pour le moins aventureux d'affirmer que la présente décision illustre une quelconque « *tyrannie du biologique* »⁸⁴, d'autant que la Cour a préalablement caractérisé l'existence d'une vie familiale sans même recourir à ce critère. Tout comme il serait aventureux de déduire des arrêts *Mennesson* et *Labassée* une quelconque limitation de l'obligation de reconnaître juridiquement le lien de filiation à **la seule relation** entre l'enfant né par gestation pour autrui et le père biologique⁸⁵.

En réalité, **la décision D. et autres ne dit strictement rien sur cette question du rôle conventionnel de la filiation biologique.** Ceci est d'ailleurs logique, puisque la procédure belge relative à la validité des actes d'état civil ukrainien et donc à la filiation de l'enfant est encore pendante à ce jour (§ 10). La Deuxième Section laisse donc intactes les quelques incertitudes nées des arrêts *Mennesson* et *Labassée*. Et elle ne dissipe pas davantage les interrogations sur les articulations des différentes formes possibles de filiations (génétique, biologique ou utérine, adoptive, juridique, sociale etc.) que la Cour tente d'esquiver à chaque contentieux.

Les apports de cette décision sont néanmoins conséquents. Certes, la Cour a conclu qu'**en l'espèce** les parents d'intention ainsi que l'enfant n'ont subi ni une atteinte excessive au droit au respect de la vie familiale, ni *a fortiori* de traitement contraire à l'article 3 (§ 71). Mais cela signifie donc que de telles violations auraient pu être constatées si un Etat s'était obstiné à refuser **par principe** l'accueil sur son territoire de la famille ainsi constituée légalement à l'étranger par gestation pour autrui.

Au surplus, si les Etats sont habilités à procéder à diverses vérifications avant d'admettre un enfant sur son territoire, ces démarches doivent être accomplies **avec toute la célérité nécessaire.** La Cour insiste en effet sur la « *forme d'angoisse voire de détresse* » subie en cas de séparation, laquelle est néfaste « *pour le développement psychologique d'un enfant, (l)es contacts entretenus avec une ou plusieurs personnes proches, en particulier pendant les premiers mois de la vie* » étant importants (§ 57).

En définitive, le dispositif d'irrecevabilité de la décision *D. et autres c. Belgique* peut certes sembler, au premier regard, défavorable aux familles constituées légalement à l'étranger par gestation pour autrui. Mais **le raisonnement** de la Cour européenne

des droits de l'homme conforte au contraire leurs positions **en encadrant et en sécurisant les conditions de retour au sein de l'Etat dont les parents sont ressortissants**. Plus largement encore, en offrant un support conventionnel à la lutte contre les trafics, la Cour européenne sape quelque peu les critiques qui fustigent de tels retours au nom d'un risque de dérives.

Cour EDH, 2^e Sect. Dec. 8 juillet 2014, *D. et autres c. Belgique*, Req. n° 29176/13 – Communiqué de presse

*

- 74 Or, le même péché d'incertitude perceptible dans les affaires *Mennesson* et *Labassée* affecte aussi quelque peu l'arrêt *Hämäläinen*, même si ce dernier comporte lui-aussi son lot de garanties conventionnelles du droit à l'identité.

*

B – Un droit à l'identité contrebalancé par l'institution du mariage

- 75 « *Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint ?* »⁸⁶. Une telle question est extrêmement délicate lorsqu'elle est posée dans un Etat où le mariage des couples de même sexe est exclu. Tel était donc le dilemme de l'affaire *Hämäläinen*, car la requérante souhaitait que sa conversion sexuelle soit officiellement reconnue, sans que cela n'entraîne pour autant la disparition de son mariage.
- 76 Mais faute d'avoir accepté de franchir le Rubicon de la reconnaissance d'un droit conventionnel au mariage pour tous les couples⁸⁷, la Grande Chambre ne pouvait guère entrer en voie de condamnation au seul et unique motif que l'intéressée était « *contrainte de choisir entre la continuation de son mariage, ce qui relève de la "vie familiale" aux fins de l'article 8, et la reconnaissance légale de son identité de genre, ce qui relève du volet "vie privée" du même article* »⁸⁸.
- 77 En mobilisant une approche similaire à celle retenue dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, les juges européens se sont donc bornés à examiner **l'impact concret d'une telle situation sur la vie privée et familiale**. Et sans surprise, ils ont finalement jugé dans ce cadre que la protection de la « *forteresse mariage* » prime sur les quelques désagréments subis (1). Mais pour ce fait, la Grande Chambre a nettement valorisé l'existence d'une forme alternative au mariage au profit des couples de même sexe, laissant ainsi entrevoir l'esquisse d'un véritable droit conventionnel en ce sens (2).

1 – L'impact sur la vie privée et familiale : un contrôle concret biaisé par l'impératif de protection de la « *forteresse mariage* »

- 78 Après avoir autolimité son propre office au sujet du droit au mariage, la juridiction européenne était donc réduite à évaluer la conventionalité des différentes « *options* » actuellement offertes par le droit finlandais, dont aucune ne peut satisfaire la requérante. En effet, **l'option du « statu quo sur le plan juridique »** qui permet au couple de rester marié, sans toutefois que la conversion sexuelle de l'un de ses membres soit pleinement

reconnue (§ 76), se heurtait au souhait de la requérante d'obtenir cette dernière reconnaissance. **L'option du divorce** était tout autant exclue par le couple, notamment pour des raisons religieuses (§ 78). S'agissant enfin de **la troisième option impliquant « la transformation de son mariage en un partenariat enregistré »** (§ 77), elle exigeait nécessairement la disparition du lien marital dont la conservation était souhaitée.

- 79 Pour autant, c'est cette dernière option qui a été prioritairement passé au tamis des exigences conventionnelles, puisque c'est par ce « *cadre juridique* » spécifiquement mis en place pour « *réglementer la reconnaissance juridique des changements de sexe* » que la Finlande a tâché de dénouer ce dilemme (§ 80).
- 80 Ainsi, selon les mots de la Grande Chambre elle-même, « *la question clé en l'espèce est celle de savoir si le système dont s'est doté l'État finlandais permet aujourd'hui à celui-ci de **respecter ses obligations positives en la matière** ou si la requérante devrait être autorisée à **conserver ses liens maritaux tout en bénéficiant de la reconnaissance juridique de son nouveau sexe**, alors même que cette solution impliquerait un mariage homosexuel entre l'intéressée et son épouse* » (§ 79).
- 81 Là encore, l'issue du contentieux fut conditionnée par le poids que la Cour **décide** d'accorder à chacun des « *intérêts concurrents en présence* » (§ 81), la confortable marge nationale d'appréciation concédée⁸⁹ laissant aisément augurer la conclusion européenne d'un « *juste équilibre* » ménagé entre ces intérêts. Néanmoins, le raisonnement mobilisé pour ce faire est riche en enseignements, puisqu'il éclaire, en creux, **les exigences qui dérivent du droit au respect de la vie privée et familiale**.
- 82 Ainsi, et **en premier lieu**, la Cour s'est attachée aux conditions satisfaisantes dans lesquelles la transformation du mariage en partenariat enregistré pouvait avoir lieu. En particulier, les juges ont nettement valorisé le fait que la législation nationale ait fixé **une condition de consentement du conjoint**, laquelle « *constitue une exigence élémentaire, conçue pour protéger un conjoint des effets de décisions unilatérales prises par l'autre* » et « *représente donc clairement une protection importante pour le conjoint qui ne demande pas la reconnaissance d'un changement de sexe* » (§ 82). A contrario, donc, **tout dispositif qui ferait fi de l'accord du conjoint s'exposerait aux foudres conventionnelles**, ce qui est opportun car « *associer le conjoint/partenaire (au processus de décision) constitue sans doute la solution la plus équilibrée* »⁹⁰.
- 83 **En second lieu**, et surtout, les juges majoritaires de la formation solennelle ont manifestement tenu à souligner combien la transformation du mariage en partenariat enregistré n'emporterait – selon eux – que de faibles conséquences négatives.
- 84 Après avoir éludé certaines questions hypothétiques – telles que « *l'adoption en dehors du cercle familial et le nom de famille* » –, la Cour énonce ainsi qu'au regard du droit finlandais, « *les différences entre mariage et partenariat enregistré ne sont pas de nature à entraîner un changement substantiel dans la situation juridique de la requérante* » (§ 83). A l'appui de cette assertion, il est successivement noté que « *la requérante et son épouse ne perdraient aucun autre droit si leur mariage était transformé en partenariat enregistré* », notamment en matière patrimoniale (§ 84) et que « *la transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré n'emporterait pas d'effets ou n'emporterait que des effets minimes sur la vie familiale de l'intéressée* » (§ 85). En particulier, s'agissant de la fille issue de l'union antérieurement à la conversion sexuelle, la Cour constate que le lien de filiation préexistant ne sera pas remis en cause et que « *l'enfant continuerait donc à être considérée comme étant née dans le mariage* » (§ 86).

- 85 Mais de la même façon que la Cinquième Section a quelque peu minoré l'importance des désagréments affectant la vie familiale des parents et de leurs enfants nés par gestation pour autrui⁹¹, la Grande Chambre force également le trait lorsqu'elle affirme qu'« *en pratique* », la requérante « *continuer(a) à bénéficier dans le cadre d'un partenariat enregistré essentiellement de la même protection juridique que celle qui lui est assurée par le mariage* » (§ 83).
- 86 En particulier, il est assez paradoxal que, **d'une part**, et par le passé, la Cour ait persisté à souligner **les spécificités du mariage**, en affirmant qu'il « *confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent* » et « *emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques* »⁹². Ceci, pour écarter toute discrimination entre couples mariés et non mariés au motif qu'ils ne se trouvent pas « *dans une situation juridique comparable* »⁹³. Mais **d'autre part**, et par contraste, la Grande Chambre insiste ici sur la quasi-identité entre « *la relation juridique* » née d'un mariage et celle issue d'un partenariat enregistré, en concédant tout au plus « *une dénomination différente et avec un contenu légèrement modifié* » (§ 84).
- 87 Est-ce alors à dire qu'en juillet 2014, la Grande Chambre a décidé de renverser l'analyse qu'elle avait retenu notamment en février 2013 sur le terrain du principe de discrimination⁹⁴ ? Rien n'est moins sûr. Car l'affirmation européenne selon laquelle le partenariat enregistré constitue « *une option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage* » au regard « *des différences mineures qui existent entre ces deux formes juridiques* » (§ 87) est **étroitement lié au contexte de l'espèce**. Cette assertion aspire en effet à souligner qu'en optant pour un tel mécanisme de transformation du statut marital en cas de conversion sexuelle d'un des membres du couple, la Finlande n'a pas excédé sa marge d'appréciation et a « *ménagé (...) un juste équilibre (...) entre les intérêts concurrents en jeu* » (§ 88). En somme, l'Etat défendeur n'a pas manqué « *de remplir les obligations positives qui lui incombent* » au titre du droit au respect de la vie familiale (§ 87).
- 88 Or, ainsi que l'ont opportunément souligné les juges minoritaires, il semble que « *le seul intérêt en jeu* » pour justifier un tel système de transformation du mariage en partenariat sexuel soit « *l'intérêt général à exclure les couples homosexuels de l'institution du mariage* »⁹⁵. Dès lors, il est manifeste que **la Cour européenne des droits de l'homme entend toujours maintenir l'idée d'une « forteresse mariage »⁹⁶ encore inexpugnable**, au point que les Etats parties demeurent toujours libres d'en refuser l'accès aux couples de même sexe.

2 – L'esquisse d'un droit conventionnel à un statut équivalent au mariage pour les couples de même sexe

- 89 Toutefois, à l'instar de l'arrêt rendu en 2012 par la formation de Chambre⁹⁷, l'arrêt *Hämäläinen* de Grande Chambre n'est pas dénué d'apports. Non seulement **la Cour réalise un examen – certes ample, mais néanmoins réel – de l'impact d'un tel refus d'accès au mariage pour les couples de même sexe** sur la vie maritale préexistante d'un couple dont l'un des membres a fait l'objet d'une conversion sexuelle. De plus, et surtout, le raisonnement de la Grande Chambre peut être regardé comme un premier pas vers le renversement du refus européen de reconnaître **un véritable droit conventionnel à la reconnaissance juridique des couples homosexuels** via un statut équivalent au mariage.

- 90 En 2010, tout en laissant ostensiblement ouverte la porte vers une évolution, la Cour avait refusé une telle consécration⁹⁸. Et en 2013, la Grande Chambre avait tout simplement esquivé la question⁹⁹. Mais en juillet 2014, la formation solennelle a apporté indirectement une nouvelle impulsion. En effet, le constat d'absence de violation de l'article 8¹⁰⁰ est essentiellement motivé par le fait qu'en cas de reconnaissance pleine et entière du changement de sexe, la disparition du mariage serait compensée par l'existence d'un régime de partenariat enregistré. Dès lors, **faute d'une telle compensation juridique**, il n'est pas exclu que la Cour européenne parvienne à une conclusion différente et juge que, dans ces conditions, un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts concurrents en présence. En d'autres termes, lorsqu'un Etat partie prohibe le mariage des couples de même sexe, cela pourrait signifier qu'en cas de conversion sexuelle au sein d'un couple marié, il a l'obligation « *d'une façon ou d'une autre, (d')offrir au couple un statut juridique alternatif* » au mariage¹⁰¹. Tel est d'ailleurs globalement le sens d'une récente décision de la Cour constitutionnelle italienne¹⁰² qui, le 11 juin 2014, a exigé une intervention du législateur national afin que le divorce imposé en cas de conversion sexuelle d'un des époux soit compensé par l'accès du couple à une forme juridique équivalente au mariage¹⁰³.
- 91 Certes, déduire de l'arrêt *Hämäläinen* l'existence d'un véritable droit conventionnel des couples de même sexe à un statut juridique équivalent au mariage serait bien aventureux, tant cette reconnaissance n'est qu'implicite et reste limitée aux cas exceptionnels de persistance d'un couple marié en dépit de la conversion sexuelle de l'un de ses membres. Certes également, cet arrêt *Hämäläinen* atteste encore de la pusillanimité européenne face à la sensible question du droit d'accès des couples de même sexe aux statuts maritaux. Cependant, il n'est pas douteux que cette solution de la formation solennelle peut aussi être regardée comme **une nouvelle pierre à l'édifice, lentement érigé, de l'égale protection conventionnelle de tous les couples**.

*

**

En guise de conclusion : Une prudente audace européenne à la croisée des chemins

- 92 « *Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme marque la fin de la forte souveraineté parlementaire dans toute l'Europe* »¹⁰⁴. Le constat est sans nul doute abrupt, mais il ne peut guère être démenti. Il trouve d'ailleurs une illustration particulièrement spectaculaire et retentissante lorsque le regard européen se pose sur des contentieux éminemment sensibles sur le plan éthique, sociétal et politique, que d'aucuns prétendent être l'apanage du seul décideur national élu.
- 93 Mais une fois encore, si la Cour européenne des droits de l'homme ne saurait renoncer à des pans entiers de sa mission de protection des droits conventionnels – laquelle « *implique (...) parfois de devoir garantir les intérêts d'une minorité contre l'avis de la majorité* »¹⁰⁵ – au seul motif que ceci heurterait certains choix nationaux, elle ne peut totalement faire fi des réticences, résistances et sensibilités que soulèvent certains enjeux brûlants de société.

- 94 Il en est tout particulièrement ainsi des questions liées à la procréation ou au statut des couples de même sexe. Et à cet égard, les arrêts *Mennesson c. France*, *Labassée c. France* et *Hämäläinen c. Finlande* sont tout à fait éloquents. Car sur des sujets qui ont soulevé et soulèvent encore d'intenses débats, l'approche européenne a tâché de désamorcer – autant que faire se peut¹⁰⁶ – les incompréhensions et critiques. Ceci, en faisant preuve de pédagogie¹⁰⁷ et en parvenant à des solutions « finalement assez mesurée(s) »¹⁰⁸.
- 95 Dès lors, la juridiction européenne persiste sur la voie de la prudente audace¹⁰⁹, alliant actions et précautions. En ce sens, et au-delà même du dispositif de chacun de ses arrêts rendus en juin et juillet 2014, la Cour prend la peine d'envoyer aux Etats parties aux moins deux importants messages.
- 96 **En premier lieu**, s'il est indéniable que les Etats disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'un contentieux « soulève (...) des questions morales ou éthiques délicates », **la liberté étatique qui en découle ne saurait être illimitée**. Autrement dit, la marge d'appréciation assouplit parfois les exigences conventionnelles, mais **jamais elle ne les fait disparaître**. Ainsi, non seulement les effets de cette marge peuvent littéralement s'évaporer lorsque l'action étatique touche au cœur des droits individuels les plus cruciaux, tel le droit à l'identité. Mais au surplus, et en tout état de cause, le contrôle conventionnel persiste même sur les terrains les plus sensibles. Ce qui implique que les autorités étatiques ne peuvent prétendre voir certains contentieux être purement et simplement soustraits au regard strasbourgeois.
- 97 Plus largement encore, ces autorités nationales doivent continuer à assumer leurs propres responsabilités en qualité de protecteurs et juges de droit commun de la Convention. Car à l'aune de « l'objectif systémique de la marge d'appréciation », bien loin de signifier que « Strasbourg doit s'en remettre aux autorités nationales ou couper court à son contrôle », cette marge implique que « le niveau interne doit assumer sa part de responsabilité pour s'assurer du respect des droits de l'homme »¹¹⁰. Ainsi, loin d'être « un cadeau ou une concession », la marge d'appréciation est au contraire, selon les mots du Président Spielmann, « une incitation à destination des juridictions nationales pour qu'elles procèdent à l'examen conventionnel requis, mettent en balance des droits concurrents, évaluent le poids de droits au regard d'autres intérêts publics, examinent la proportionnalité des ingérences au sein des droits »¹¹¹.
- 98 **En second lieu**, et corrélativement, si la Cour européenne tâche d'accorder aux autorités nationales le bénéfice d'une certaine confiance, celle-ci ne peut que se réduire voire s'évaporer lorsque **l'inaction étatique apparaît au grand jour**. Il serait en effet pour le moins incongru qu'un Etat revendique à corps et à cris une liberté de choix et de décision démocratique sur un contentieux sensible – en fustigeant au passage l'illégitimité d'un quelconque contrôle juridictionnel en ce domaine –, alors qu'il est en réalité lui-même resté inactif et s'est abstenu de régler ledit contentieux.
- 99 Tel fut le cas en France pour la question du statut juridique des enfants nés légalement à l'étranger par gestation pour autrui. Les difficultés de ces enfants étaient pourtant connues de tous¹¹². Mais sans doute tétanisé par le risque de débat politique particulièrement inflammable, le législateur français ne s'est pas saisi de ce point précis et a laissé aux juridictions le redoutable soin de trancher le dilemme. Or, devant la « volonté délibérée des États de ne pas légiférer »¹¹³, la Cour européenne ne saurait quant à elle rester inactive. Au demeurant, **pour un Etat, ne pas agir est un bien mauvais pari, tant cela réduit mécaniquement le poids de sa position à Strasbourg**¹¹⁴. En effet, non

seulement cet Etat ne peut plus guère invoquer la primeur de la légitimité du décideur démocratiquement désigné si celui-ci a manqué de forger une position claire. Mais au surplus, cette inaction révèle un manquement à la mission étatique consistant à s'assurer du respect des droits conventionnels en cherchant notamment le plus juste équilibre entre des intérêts concurrents.

- 100 Par contraste avec les affaires *Mennesson* et *Labassée*, l'affaire *Hämäläinen c. Finlande* est ainsi tout à fait éloquente. Il est en effet indéniable que la Cour européenne fut plus réticente à sanctionner le dispositif finlandais spécifiquement mis en place afin de « *réglementer la reconnaissance juridique des changements de sexe* » (§ 80) et, en particulier, prendre à bras le corps le dilemme du sort d'un mariage après conversion sexuelle de l'un de ses membres.
- 101 Ce n'est donc qu'**en jouant pleinement le jeu du système européen des droits de l'homme** que les Etats parties pourront chacun jouir de la plus ample marge de manœuvre, tout en respectant efficacement les exigences conventionnelles et l'impératif de protection des droits fondamentaux envers lesquels ils se sont souverainement engagés. Et ce n'est qu'ainsi que pourront être dépassés les inépuisables et stériles querelles sur la « *fine frontière (...) entre l'interprétation (juridictionnelle) de textes et l'intention de faire de la politique* »¹¹⁵ si souvent prêtée aux juridictions¹¹⁶.
- 102 Bien sûr, éviter toute « *relation antagoniste* » entre les Etats et la juridiction européenne pour cultiver au contraire une « *relation coopérative* »¹¹⁷ est un véritable défi, surtout lorsque sont en jeu des brûlantes questions de société. Cela requiert, de part et d'autre, des efforts de dialogue, de réflexion et de compréhension mutuelle, le tout teinté de bonne foi. Indubitablement, l'objectif est ambitieux. Mais pour reprendre les mots heureux et courageux de Lord Phillips, c'est à ce prix que le système européen des droits de l'homme continuera d'être « *une forte puissance pour le bien* » de tous¹¹⁸.

*

- 103 Cour EDH, 5^e Sect. 26 juin 2014, *Mennesson c. France* et *Labassée c. France*, Resp. Req. n° 65192/11 et n° 65941/11 – Communiqué
- 104 Addendum au 12 septembre 2014 : Cour EDH, 2^e Sect. Dec. 8 juillet 2014, *D. et autres c. Belgique*, Req. n° 29176/13
- 105 Cour EDH, G.C. 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, Req. n° 37359/09 – Communiqué

*

Jurisprudence liée :

- **Sur le mécanisme de l'adoption** : Cour EDH, G.C. 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n° 19010/07 – ADL du 26 février 2013 ; Cour EDH, 5^e Sect. 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, Req. n° 43631/09 – ADL du 8 octobre 2012 ; Cour EDH, 1^e Sect. 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, Req. n° 56759/08 – ADL du 4 mai 2011 ; Cour EDH, 1^e Sect. 10 juin 2010, *Schwizgebel c. Suisse*, Req. n° 25762/07 – ADL du 10 juin 2010 ; Cour EDH, 2^e Sect. 27 avril 2010, *Moretti et Benedetti c. Italie*, Req. n° 16318/07 – ADL du 6 mai 2010 ; Cour EDH, G.C. 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, Req. n° 43546/02 – ADL du 22 janvier 2008.

- **Sur l'intérêt de l'enfant** : Cour EDH, 1^e Sect. 14 février 2012, *Antwi et autres c. Norvège*, Req. n° 26940/10 – ADL du 19 février 2012 ; Cour EDH, 5^e Sect. 19 janvier 2012, *Popov c. France*, Req. n° 39472/07 – ADL du 22 janvier 2012 ; Cour EDH, 2^e Sect. 13 décembre 2011, *Kanagaratnam c. Belgique*, Req. n° 15297/09 – ADL du 27 décembre 2011.

- **Sur l'appréhension conventionnelle – notamment via le principe de non-discrimination – des différentes formes de structures familiales** : Cour EDH, G.C. 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n° 19010/07 – ADL du 26 février 2013 ; Cour EDH, G.C., 7 février 2013, *Fabris c. France*, Req. n° 16574/08 – ADL du 11 février 2013 ; Cour EDH, 5^e Sect. 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, Req. n° 25951/07 – ADL du 16 mars 2012 ; Cour EDH, 4^e Sect. 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, Req. n° 53124/09 – ADL du 11 octobre 2011 ; Cour EDH, 5^e Sect. 3 décembre 2009, *Zaunegger c. Allemagne*, Req. n° 22028/04 – ADL du 5 décembre 2010 ; Cour EDH, 5^e Sect. 15 septembre 2011, *Schneider c. Allemagne*, Req. n° 17080/07 – ADL du 17 septembre 2011 ; Cour EDH, 5^e Sect. 21 décembre 2010, *Anayo c. Allemagne et Chavdarov c. Bulgarie*, Resp. Req. n° 20578/07 et n° 3465/03 – ADL du 26 décembre 2010.

- **Sur l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle** : Cour EDH, G.C. 7 novembre 2013, *Vallianatos c. Grèce*, Req. n° 29381/09 – ADL du 13 décembre 2013 ; Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 51671/10, et al. – ADL du 24 janvier 2013 ; Cour EDH, 2^e Sect. 9 octobre 2012, *X. c. Turquie*, Req. n° 24626/09 – ADL du 18 octobre 2012 ; Cour EDH, 5^e Sect. 9 février 2012, *Vejdeland et autres c. Suède*, Req. n° 1813/07 – ADL du 10 février 2012 ; Cour EDH, 4^e Sect. 28 septembre 2010, *J.M. c. Royaume-Uni*, Req. n° 37060/06 – ADL du 28 septembre 2010 ; Cour EDH, 1^e Sect. 22 juillet 2010, *P.B. et J.S. c. Autriche*, Req. n° 18984/02 – ADL du 30 juillet 2010 ; Cour EDH, 1^e Sect. 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. n° 30141/04 – ADL du 24 juin 2010.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. v. Cour EDH, 5^e Sect. *Lambert c. France*, Req. n° 46043/14 – Décision de communication du 24 juin 2014 ; Sur l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat, lire Hélène Hurpy, « La protection du droit au refus de l'acharnement thérapeutique par le juge des référés dans le cadre de l'affaire “Vincent Lambert” », in *Revue des droits de l'homme*, 5 septembre 2014.

2. v. not. ADL du 23 juillet 2012 sur Cour EDH, Anc. 5^e Sect. 19 juillet 2012, *Koch c. Allemagne*, Req. n° 497/09.

3. Cour EDH, 5^e Sect. 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, Req. n° 65192/11.

4. Cour EDH, 5^e Sect. 26 juin 2014, *Labassée c. France*, Req. n° 65941/11.

5. Seule l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a eu l'occasion, en 1991, d'aborder la question de la gestation pour autrui de façon indirecte (Com. EDH, Dec. 5 juin 1991, *Lavissee c. France*, Req. n° 14223/88). Saisie d'une requête initiée par l'une des fondatrices d'une association (« Les Cigognes ») créée aux fins de soutenir cette technique de procréation, la Commission estima, par une décision d'irrecevabilité, que le refus préfectoral d'inscription de cette association sur le registre dédié ne violait pas la Convention, dont en particulier l'article 11 (liberté d'association).
6. Cour EDH, G.C. 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, Req. n° 37359/09.
7. Pour une première prise de position jurisprudentielle en formation de Chambre, v. Cour EDH, 1^{er} Sect. 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. n° 30141/04 – ADL du 24 juin 2010.
8. Pour un autre exemple en date de juillet 2014, v. l'arrêt S.A.S. c. France où la Grande Chambre de la Cour a réalisé un strict examen empreint de sévérité critique envers le dispositif français d'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, avant toutefois de conclure à l'absence de violation de la Convention du fait de la large marge d'appréciation concédée (Cour EDH, G.C. 1^{er} juillet 2014, S.A.S. c. France, Req. n° 43835/11 – ADL du 12 août 2014).
9. v. ADL du 12 mai 2014 au point 2°-B. Récemment, le Gouvernement Cameron a renouvelé ses critiques envers la Cour européenne, à la faveur d'une nouvelle condamnation du Royaume-Uni au sujet du droit de vote des détenus (v. Cour EDH, 4^e Sect. 12 août 2014, *Firth et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 47784/09 – Communiqué). Par ailleurs, estimant que « trop d'arrêts de la Cour sont motivés par des considérations politiques », Vladimir Poutine a également suggéré qu'un retrait de la Russie de la Convention européenne était « possible » (« Putin : Russia's withdrawal from ECHR possible », in RAPS, 14 août 2014).
10. NB : En qualité de collaborateur de M^e Patrice Spinosi, Avocat aux Conseils, l'auteur du présent article a contribué à l'établissement des écritures dans l'affaire *Menesson c. France*.
11. Décision du collège de cinq juges de la Grande Chambre, 29 avril 2013.
12. Cour EDH, 4^e Sect. 13 novembre 2012, *H. c. Finlande*, Req. n° 37359/09.
13. v. George Lestas, « Judges Rozakis's separate opinions and the Strasbourg Dilemma », in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant – Mélanges Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 313-314.
14. Janneke Gerards, « Diverging Fundamental Rights Standards and the Role of the European Court of Human Rights », in *Constructing European Constitutional Law*, M. Claes et M. De Visser (Dir.), Oxford, Hart, à paraître en 2014.
15. Pour un exemple en ce sens, v. le contentieux du droit de vote des détenus : ADL du 1^{er} novembre 2012 au point 2° et notre article, « Droit de vote des détenus : Histoire sans fin pour un contentieux décisif », in *Rev. trim. dr. h.*, n° 94/2013, pp. 433-456.
16. Sur l'importance de l'argumentation juridictionnelle, v. ADL du 12 mai 2014 au point 3°-B.
17. Shai Dothan, « Why granting states a margin of appreciation supports the formation of a genuine european consensus », in Hélène Ruiz Fabri, Mads Andenas, Eirik Bjorge, Giuseppe Bianco, « Le futur de la marge d'appréciation en droit international », Conférence des 10 et 11 février 2014, Paris – à paraître.
18. v. Cour EDH, 5^e Sect. 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, Req. n° 43631/09 – ADL du 8 octobre 2012 ; Cour EDH, 1^{er} Sect. 10 juin 2010, *Schwizgebel c. Suisse*, Req. n° 25762/07 – ADL du 10 juin 2010 ; Cour EDH, 2^e Sect. 27 avril 2010, *Moretti et Benedetti c. Italie*, Req. n° 16318/07 – ADL du 6 mai 2010.
19. v. Cour EDH, 1^{er} Sect. 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. n° 30141/04 – ADL du 24 juin 2010.
20. Cour EDH, G.C. 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n° 19010/07 – ADL du 26 février 2013.

21. N.B. : Le raisonnement tenu par la Cinquième Section dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée* étant identique, les références citées ci-après seront celles de l'arrêt *Mennesson*.

22. Cf. *infra* au point 2°A.

23. Cour EDH, 1^e Sect. 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, Req. n° 56759/08 – ADL du 4 mai 2011 ; v. aussi Cour EDH, 1^e Sect. 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, Req. n° 76240/01.

24. Cour EDH, G.C. 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, Req. n° 57813/00 – ADL du 6 novembre 2011.

25. Cour EDH, G.C. 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, Req. n° 43546/02 – ADL du 22 janvier 2008.

26. Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, *A. B. C. c. Irlande*, Req. n° 25579/05 – ADL du 17 décembre 2010.

27. Cour EDH, Anc. 5^e Sect. 19 juillet 2012, *Koch c. Allemagne*, Req. n° 497/09 – ADL du 23 juillet 2012.

28. v. ainsi le communiqué de presse détaillée ainsi qu'un document « Questions/réponses » explicitant la portée des arrêts *Mennesson* et *Labassée*.

29. Sur ce point, v. « le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé » pour refuser de reconnaître en France le lien juridique de filiation constitué légalement à l'étranger.

30. Cour EDH, G.C. 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, Req. n° 42857/05, § 55 – ADL du 5 avril 2012.

31. En l'occurrence, « le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé » pour refuser de reconnaître en France le lien juridique de filiation constitué légalement à l'étranger.

32. Marie-Xavière Catto, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », in *Revue des droits de l'homme*, 2013, n° 3, 1^{er} juin 2013, § 41.

33. Laurence Brunet, « La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui : les excès du droit », in Georges David, et al. *La gestation pour autrui*, Académie nationale de médecine, Lavoisier, 2011, p. 114 cité par Marie-Xavière Catto, précité.

34. Pour un riche et complet tour d'horizon, lire Marie-Xavière Catto, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », in *Revue des droits de l'homme*, 2013, n° 3, 1^{er} juin 2013.

35. v. ADL du 12 mai 2014 au point 3°-B.

36. Pour un exemple comparable au sujet de l'assistance au suicide, v. not. ADL du 23 juillet 2012 sur Cour EDH, Anc. 5^e Sect. 19 juillet 2012, *Koch c. Allemagne*, Req. n° 497/09 ; Cour EDH, 1^e Sect. 20 janvier 2011, *Haas c. Suisse*, Req. n° 31322/07 – ADL du 21 janvier 2011 ; Cour EDH, 2^e Sect. Dec., 16 décembre 2008, *Ada Rossi et autres & sept requêtes c. Italie*, Req. n° 55185/08 – ADL du 3 janvier 2009.

37. v. ainsi Cour EDH, 3^e Sect. 30 novembre 2010, *P.V. c. Espagne*, Req. n° 35159/09 – ADL du 3 décembre 2010 ; Cour EDH, 1^e Sect., 8 janvier 2009, *Schlumpf c. Suisse*, Req. n° 29002/06 – ADL du 10 janvier 2010.

38. Fiche thématique « Identité de genre » ; A noter que les services de la Cour ont récemment enrichi ces fiches thématiques de six nouvelles autres fiches : les personnes âgées, les personnes handicapées, les partis et associations politiques, les grèves de la faim en détention, les migrants en détention, et la violence domestique.

39. v. notamment Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, *A. B. C. c. Irlande*, Req. n° 25579/05, § 247 – ADL du 17 décembre 2010.

40. Ce choix de l'obligation positive ou négative était également de nature à influencer l'analyse européenne du grief tiré de l'article 12 : lire Silvia Falcetta, « Hämäläinen v Finland - Guest Post », in *ECHR Sexual Orientation Blog*, 19 juillet 2014.

41. Cour EDH, 1^e Sect. 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. n° 30141/04 - ADL du 24 juin 2010.
42. En ce sens, v. ADL du 24 juin 2010 sur Cour EDH, 1^e Sect. 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. n° 30141/04.
43. Shai Dothan, « Why granting states a margin of appreciation supports the formation of a genuine european consensus », in Hélène Ruiz Fabri, Mads Andenas, Eirik Bjorge, Giuseppe Bianco, « Le futur de la marge d'appréciation en droit international », Conférence des 10 et 11 février 2014, Paris – à paraître : « *Sometimes the ECHR strategically digresses from the correct application of Emerging Consensus* ».
44. En ce sens, v. ADL du 26 février 2013.
45. Cour EDH, G.C. 7 novembre 2013, *Vallianatos c. Grèce*, Req. n° 29381/09, § 91 – ADL du 13 décembre 2013.
46. A ce sujet, lire aussi Silvia Falcetta, « *Hämäläinen v Finland* - Guest Post », in *ECHR Sexual Orientation Blog*, 19 juillet 2014.
47. Cour EDH, G.C. 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Req. 28957/95, § 85.
48. Pour une critique de cette démarche, lire l'opinion dissidente commune des juges Sajó, Keller et Lemmens, § 5.
49. v. Opinion concordante de la juge Ziemeles, § 3.
50. Cour EDH, G.C. 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n° 19010/07, § 149 – ADL du 26 février 2013.
51. Sur les causes des variations de la marge d'appréciation, lire Marjan Ajevski, « Unstable Identities: The European Court of Human Rights and the Margin of Appreciation », in *PluriCourts Research Paper No. 14-15*, 2014, 22 p.
52. Dean Spielmann, « Consensus et marge nationale d'appréciation », in *Journal des tribunaux*, 2012, p. 592.
53. Sur l'avortement, v. ainsi Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, *A. B. C. c. Irlande*, Req. n° 25579/05 – ADL du 17 décembre 2010.
54. En ce sens, v. ADL du 30 janvier 2013 au point 3^e *in fine*.
55. Cour EDH, G.C. 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n° 19010/07 – ADL du 26 février 2013 ; sur la même logique au sujet de l'adoption par un célibataire homosexuel : Cour EDH, G.C. 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, Req. n° 43546/02 – ADL du 22 janvier 2008.
56. Cour EDH, G.C. 7 novembre 2013, *Vallianatos c. Grèce*, Req. n° 29381/09 – ADL du 13 décembre 2013.
57. Dean Spielmann, « Consensus et marge d'appréciation nationale », in *Journal des Tribunaux*, 2012, p. 593.
58. Robert Spano, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », in *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, n° 3, pp. 487-502.
59. § 81 de l'arrêt *Mennesson*.
60. Sur ce point, v. notamment ADL du 5 avril 2012 au point 1^e sur Cour EDH, G.C. 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, Req. n° 42857/05.
61. v. notamment Cour EDH, 5^e Sect. 21 décembre 2010, *Chavdarov c. Bulgarie*, Req. n° 3465/03 – ADL du 26 décembre 2010 ; Cour EDH, 1^e Sect. 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, Req. n° 56759/08 – ADL du 4 mai 2011 ; Cour EDH, 5^e Sect. 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, Req. n° 43631/09 – ADL du 8 octobre 2012
62. ADL du 8 octobre 2012.
63. Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger.
64. Cour EDH, 5^e Sect. 21 décembre 2010, *Chavdarov c. Bulgarie*, Req. n° 3465/03 – ADL du 26 décembre 2010

65. Cour EDH, 5^e Sect. 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, Req. n° 43631/09 – ADL du 8 octobre 2012.
66. ADL du 8 octobre 2012 *in fine*.
67. Cour EDH, 2^e Sect. 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*, Req. n° 33783/09, § 45 – ADL du 29 septembre 2012 ; Cour EDH, 5^e Sect. 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, Req. n° 19535/08 – ADL du 20 juin 2011 ; Cour EDH, 5^e Sect. 21 décembre 2010, *Anayo c. Allemagne*, Req. n° 20578/07 – ADL du 26 décembre 2010.
68. Cour EDH, 4^e Sect. 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, Req. n° 53124/09 – ADL du 11 octobre 2011.
69. A ce sujet, v. notamment Cour EDH, 5^e Sect. 19 janvier 2012, *Popov c. France*, Req. n° 39472/07 – ADL du 22 janvier 2012.
70. Sur le terrain de l'article 8, la Cour juge en effet qu'« un requérant ne saurait déduire de l'article 8 un droit à être reconnu, à des fins successorales, comme l'héritier d'une personne décédée [sauf à] étendre de manière excessive la notion de vie familiale » (Cour EDH, 2^e Sect. 13 janvier 2004, *Haas c. Pays-Bas*, Req. n° 36983/97, § 43 ; v. Cour EDH, 2^e Sect. 7 avril 2009, *Turnali c. Turquie*, Req. n° 4914/03 – ADL du 9 avril 2009).
71. v. Cour EDH, G.C. 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, Req. n° 57813/00 – ADL du 6 novembre 2011 ; Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, *A. B. C. c. Irlande*, Req. n° 25579/05 – ADL du 17 décembre 2010.
72. Jurisprudence dont la sévérité a encore été accrue en septembre 2013 : Cass. 1^{re} civ. 13 septembre 2013, pourvois n° 12-30.138 et n° 12-18.315.
73. Cour EDH, 4^e Sect. 6 juillet 2010, *Grönmark c. Finlande* et *Backlund c. Finlande*, resp. Req. n° 17038/04 et 36498/05, – ADL du 7 juillet 2010.
74. ADL du 26 décembre 2010 sur Cour EDH, 5^e Sect. 21 décembre 2010, *Chavdarov c. Bulgarie*, Req. n° 3465/03.
75. v. not. Cour EDH, 5^e Sect. 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, Req. n° 19535/08 – ADL du 20 juin 2011 ; Cour EDH, 5^e Sect. 21 décembre 2010, *Anayo c. Allemagne*, Req. n° 20578/07 – ADL du 26 décembre 2010.
76. En ce sens, Adeline Gouttenoire, « Convention de gestation pour autrui : la primauté de l'intérêt de l'enfant, enfin ! », in *Lexbase – La lettre juridique*, n° 577 du 3 juillet 2014, p. 3 : « La condamnation de la France dans ces deux affaires devrait avoir pour seul effet d'imposer à l'Etat la reconnaissance de la filiation paternelle des enfants concernés ».
77. Marie Boëton, « Mères porteuses, le débat juridique reste entier », in *La Croix*, 10 septembre 2014.
78. Cour EDH, 2^e Sect. 8 juillet 2014, *D. et autres c. Belgique*, Req. n° 29176/13.
79. Communiqué de presse du 11 septembre - N.B. : A la différence des arrêts, la Cour ne publie pas immédiatement les décisions sur la recevabilité au jour où elles sont rendues.
80. Marie-Anne Frison-Roche, « La Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) tanguette-t-elle en matière de contrats de maternité pour autrui ? : arrêt du 8 juillet 2014, *D. et autres c/ Belgique* », in *MAFR*, 11 septembre 2011.
81. v. *supra* au point 1^o-A-2.
82. Rappelons à cet égard que la Cinquième Section de la Cour a nettement mise en lumière l'obligation pour l'Etat de garantir à une telle famille le droit de « vivre ensemble dans des conditions globalement comparables » aux autres (cf. *supra* au point 2^o-A-1).
83. v. Cour EDH, 1^e Sect. 7 janvier 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, Req. n° 25965/04 – ADL du 6 janvier 2010.

84. Marie-Anne Frison-Roche, « La Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) tanguet-elle en matière de contrats de maternité pour autrui ? : arrêt du 8 juillet 2014, *D. et autres c/ Belgique* », in *MAFR*, 11 septembre 2011.
85. v. *supra* au point 2°-A-2.
86. Lire Eleonora Bottini et Sarah Pasetto, « Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint ? », in *Revue des droits de l'homme*, 5 août 2014.
87. Cf. *supra* au point 1°-B.
88. Opinion dissidente commune des juges Sajó, Keller et Lemmens, § 8.
89. Cf. *supra* au point 1°-B.
90. Fabien Marchadier, « Le genre ou l'union : le dilemme du transsexuel marié », in *Recueil Dalloz*, 2013, n° 2, p. 154.
91. Cf. *supra* au point 2°-A-1.
92. Cour EDH, 5^e Sect. 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, Req. n° 25951/07, § 68 – ADL du 16 mars 2012 ; Cour EDH, G.C. 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n° 19010/07, § 106 – ADL du 26 février 2013.
93. *Ibid.*
94. Cour EDH, G.C. 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n° 19010/07, § 106 – ADL du 26 février 2013.
95. Opinion dissidente commune aux juges Sajó, Keller et Lemmens, § 12 ; à cet égard, lire aussi la tierce intervention d'Amnesty International qui souligne que « les États ne pourraient pas imposer une vision particulière des droits à ceux qui ne la partagent pas. Les traditions et les valeurs ne pourraient justifier la restriction de droits, quand bien même ces traditions et valeurs seraient partagées par la majorité de la société » (§ 55).
96. V. ADL du 26 février 2013.
97. A ce sujet, lire Fabien Marchadier, « Le genre ou l'union : le dilemme du transsexuel marié », in *Recueil Dalloz*, 2013, n° 2, pp. 152 – 155.
98. Cour EDH, 1^e Sect. 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. n° 30141/04 – ADL du 24 juin 2010.
99. Cour EDH, G.C. 7 novembre 2013, *Vallianatos c. Grèce*, Req. n° 29381/09 – ADL du 13 décembre 2013.
100. Sur le rejet des griefs tirés des articles 12 (§ 97) et 14 (§ 107-113), lire l'opinion dissidente commune des juges Sajó, Keller et Lemmens, § 15-10.
101. Fabien Marchadier, « Le genre ou l'union : le dilemme du transsexuel marié », in *Recueil Dalloz*, 2013, n° 2, p. 153.
102. Lire Eleonora Bottini et Sarah Pasetto, « Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint ? », in *Revue des droits de l'homme*, 5 août 2014 ; v. aussi les solutions quelque peu différentes de la Cour constitutionnelle autrichienne (*VerfG*, 8 juin 2006, n° 17849) et du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*BVerfG*, 27 mai 2008, 1BvL 10/05).
103. Sur la situation en France, lire Sophie Paricard, « Le sexe et le mariage, nouvelle péripétie (fort pédagogique) à propos du transsexualisme », in *Recueil Dalloz*, 2013, n° 2, pp. 156-160 ; v. aussi les solutions quelque peu différentes de la Cour constitutionnelle autrichienne (*VerfG*, 8 juin 2006, n° 17849) et du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*BVerfG*, 27 mai 2008, 1BvL 10/05).
104. Alyssa S. King, « Legal Nationalism and European Judicial Review », *Working paper series*, mars 2014, p. 53.
105. Discours de Sir Nicolas Bratza lors de la Conférence de Brighton, 18-20 avril 2012, p. 7.

106. v. cependant les vives critiques qui ont accueilli les arrêts *Mennesson* et *Labassée* en France, notamment cette lettre ouverte : « GPA : Monsieur le président de la République... », in *Libération*, 13 juillet 2014.
107. v. ADL du 12 mai 2014 au point 2°-C.
108. Adeline Gouttenoire, « Convention de gestation pour autrui : la primauté de l'intérêt de l'enfant, enfin ! », in *Lexbase - La lettre juridique*, n° 577 du 3 juillet 2014, p. 1.
109. v. ADL du 23 juillet 2012.
110. Dean Spielmann, « Whither the Margin of Appreciation? », in *UCL - Current Legal Problems (CLP) lecture*, 20 mars 2014, pp. 11-12.
111. *Ibid.*
112. v. ainsi l'étude du conseil d'Etat français sur la révision des lois de bioéthique adoptée en Assemblée générale plénière le 9 avril 2009, pp. 63-66 ; v. aussi le rapport du Groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », dit rapport Théry et Leroyer, rendu public en avril 2014, pp. 192-198 (à son sujet, lire ADL du 6 juin 2014).
113. Dean Spielmann, « Consensus et marge nationale d'appréciation », in *Journal des tribunaux*, 2012, p. 593.
114. Sur les stratégies activistes des juridictions nationales afin de contrebalancer le pouvoir de la Cour européenne, lire Alyssa S. King, « Legal Nationalism and European Judicial Review », *Working paper series*, mars 2014, 54 p.
115. Antonios E Kouroutakis, « Judges and Policy Making Authority in the United States and the European Union », in *ICL Journal*, 2014, n° 8, p. 200.
116. v. encore récemment « Putin: Russia's withdrawal from ECHR possible », in *RAPSI*, 14 août 2014.
117. Antonios E Kouroutakis, précité, p. 200: « *The relationship between the branches of the government shall not be approached as an antagonistic relationship, rather than a cooperative relationship; each branch of the government is a part of the governance* ».
118. Lord Phillips of Worth Matravers, « European Human Rights – A Force for Good or a Threat to Democracy? », Discours au King's College London, 17 juin 2014, p. 13.

RÉSUMÉS

Pour les contentieux sensibles et inextricables, tous les chemins mènent à Strasbourg. L'actualité brûlante des mois de juin et juillet 2014 a amplement confirmé cet adage empirique, ainsi que l'image du prétoire de la Cour comme point de convergence des droits de l'homme en Europe. En particulier, par deux séries d'arrêts aux échos médiatiques contrastés, la Cour a tranché des questions épineuses et hautement inflammables : le statut des enfants nés par gestation pour autrui, d'une part, et le sort d'un mariage après la conversion sexuelle d'un des époux, d'autre part. Or, dans chacune de ces affaires, les juges européens ont, une fois encore, fait preuve d'une prudente audace. Car bien plus que l'issue retentissante de certaines affaires – dont la condamnation de la France –, c'est la méthode européenne mobilisée à cette fin qui retient l'attention. En effet, pour naviguer entre le souci de respect des choix étatiques et la volonté de protection des droits conventionnels, la Cour a fait usage d'un ensemble de stratégies argumentatives afin d'accroître l'acceptabilité de ses propres décisions. A n'en pas douter, une telle œuvre de stratégie juridictionnel éclaire singulièrement tout le potentiel du système européen des droits de l'homme, ainsi que ses limites et insuffisances.

AUTEUR

NICOLAS HERVIEU

CREDOF (Université Paris Ouest Nanterre La Défense)