

incertitude juridique. La Cour estime qu'une telle durée n'est pas compatible avec les principes établis dans les affaires précitées et, en particulier, avec l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mesure où elle peut le placer dans une incertitude juridique quant à son identité dans la société et le priver de la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable (avis consultatif n° P16-2018-001, précité, §§ 40-42, avec les références citées).

89. Dans ces circonstances, la Cour considère que le refus de reconnaître l'acte de naissance établi légalement à l'étranger concernant le lien de filiation entre le père d'intention (le premier requérant) et l'enfant, né aux États-Unis d'une gestation pour autrui, sans prévoir de modes alternatifs de reconnaissance dudit lien, ne poursuivait pas l'intérêt supérieur de l'enfant. En d'autres termes, l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre l'enfant et le premier requérant pendant un laps de temps significatif constitue une ingérence disproportionnée dans le droit du troisième requérant au respect de sa vie privée protégée par l'article 8. Il s'ensuit que la Suisse, dans les circonstances de la cause, a excédé sa marge d'appréciation en n'ayant pas prévu à temps, dans sa législation, une telle possibilité.

90. Partant, il y a eu violation du droit au respect de la vie privée du troisième requérant, au sens de l'article 8 de la Convention. Cette conclusion dispense la Cour d'examiner la question de savoir si celui-ci a également subi une violation du droit au respect de sa vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

[...]

### Note

#### Application des principes issus de la jurisprudence *Mennesson* et de l'avis consultatif du 10 avril 2019 relatif à l'homoparentalité

L'arrêt *D.B. et autres c. Suisse*<sup>(1)</sup>, rendu le 22 novembre 2022 par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « Cour eur. D.H. ») après que les autorités suisses aient refusé de reconnaître le lien de filiation légalement établi en Californie entre un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui (ci-après, « GPA ») et le père d'intention non génétique de ce dernier, s'inscrit dans la lignée directe des affaires *Mennesson c. France*<sup>(2)</sup> et *D. c. France*<sup>(3)</sup>.

#### I. Faits de l'arrêt et raisonnement de la Cour eur. D.H.

Un couple homosexuel de ressortissants suisses uni par un partenariat enregistré, D.B. et Ma.B., s'était rendu en Californie afin d'y accueillir leur enfant via un processus de GPA, pratique interdite en droit suisse. L'embryon conçu au départ des gamètes de Ma.B. et d'une donneuse anonyme avait été implanté dans l'utérus d'une mère porteuse. Un jugement déclarant D.B. et Ma.B. parents légaux de l'enfant à naître avait été rendu par les juridictions californiennes et un certificat

<sup>(1)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022.

<sup>(2)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France*, 26 juin 2014. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Labassée c. France*, 26 juin 2014.

<sup>(3)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *D. c. France*, 16 juillet 2020.

de naissance conforme au jugement avait été établi après la naissance de l'enfant en 2011<sup>(4)</sup>.

De retour en Suisse, les autorités compétentes ont refusé de reconnaître le jugement californien et de transcrire l'acte de naissance dans les registres de l'état civil suisse. Au terme de nombreux recours et de quelques années de procédure, le Tribunal fédéral suisse a décidé, en 2015, de reconnaître le lien de filiation établi à l'étranger à l'égard du père génétique de l'enfant mais non à l'égard du père non génétique. En effet, selon la juridiction suprême, « la prohibition de toutes les formes de gestation pour autrui [commande] une position rigide consistant à refuser de reconnaître le lien de filiation non génétique [...] et à dire que le contournement manifeste de la loi [conduit] à une violation de l'ordre public »<sup>(5)</sup>. En d'autres termes, le Tribunal avait estimé que le fait que les requérants se soient rendus en Californie afin d'accueillir leur enfant par GPA et en contournant la législation suisse justifiait le refus de reconnaître le lien de filiation à l'égard du père non génétique de l'enfant<sup>(6)</sup>.

Seul le lien de filiation biologique avait alors été reconnu sans qu'il existe à cette époque, en droit suisse, de possibilité de faire reconnaître le lien de filiation entre l'enfant et son père d'intention non génétique. Ce n'est qu'en 2018, lorsque la Suisse a élargi sa législation en matière d'adoption aux couples unis par un partenariat enregistré<sup>(7)</sup>, que les requérants ont cherché à établir la filiation à l'égard du partenaire ne présentant pas de lien biologique avec l'enfant par voie d'adoption. L'adoption de l'enfant par D.B. a alors été prononcée en décembre 2018<sup>(8)</sup>.

Suite à la décision du Tribunal fédéral suisse en 2015, les requérants ont décidé de saisir la Cour de Strasbourg, alléguant une violation du droit au respect de leur vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Saisie de la requête du couple suisse et de leur enfant, la Cour eur. D.H. rappelle dans un premier temps sa jurisprudence *Mennesson* et l'exigence découlant du droit au respect de la vie privée de l'enfant d'établir la reconnaissance en droit interne du lien de filiation génétique<sup>(9)</sup>. Elle s'appuie ensuite sur l'avis consultatif rendu le 10 avril 2019, également rendu dans le cadre l'affaire *Mennesson* et confirmé dans l'arrêt *D. c. France*<sup>(10)</sup>. Conformément à cet avis, si les États *doivent* offrir « une possibilité de reconnaissance d'un lien

<sup>(4)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, §§ 2 à 6.

<sup>(5)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 14.

<sup>(6)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, §§ 8 à 15.

<sup>(7)</sup> Code civil suisse (RS 210), art. 264c, tel que modifié par l'acte portant modification du Code civil suisse du 17 juin 2016, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018. L'adoption en droit suisse était jusque-là réservée aux couples mariés.

<sup>(8)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, §§ 16 à 18.

<sup>(9)</sup> « La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des [enfants] requérants, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation » (Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, §100).

<sup>(10)</sup> Pour une analyse de ces arrêts, voy. J. MARY et G. MATHIEU, « La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg », *J.D.J.*, 2020/399, pp. 22-34.

de filiation entre l'enfant né par GPA et la mère d'intention »<sup>(11)</sup>, ils disposent d'une marge d'appréciation quant « aux choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre [cette] reconnaissance », celle-ci pouvant se faire par le biais de l'adoption<sup>(12)</sup>.

En l'occurrence, l'adoption ayant été prononcée en 2018 à l'égard du père ne présentant pas de lien biologique avec l'enfant, la violation avait cessé. Mais c'est en raison de l'« impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre l'enfant »<sup>(13)</sup> et le père non biologique pendant presque huit ans que la Suisse est condamnée dans la présente affaire par la Cour eur. D.H. pour violation du droit au respect de la vie privée de l'enfant<sup>(14)</sup>.

## II. Homoparentalité

Dans l'arrêt *Valdis Fjölfnisdóttir et autres c. Islande* et dans la décision *S.-H. c. Pologne* (2021)<sup>(15)</sup>, la Cour a déjà eu à se prononcer sur la réception des liens de filiation établis à l'étranger à la suite d'une GPA internationale, dans le cadre d'une situation homoparentale. Dans ces deux affaires toutefois, cet élément est ignoré par la Cour<sup>(16)</sup>. Certains y voyaient « un indice de ce qu'aux yeux de la

<sup>(11)</sup> Cour eur. D.H. (GC), Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, 10 avril 2019, dispositif : « le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale" ». Pour un commentaire de cet avis, voy. entre autres L. MARGUET, « Quand la Cour EDH et la Cour de cassation tissent les liens : filiation, mère d'intention et enfant né d'une GPA à l'étranger », *Rev. dr. h., Actualités Droits libertés*, 2019, pp. 1-9 (29 avril 2023).

<sup>(12)</sup> Cour eur. D.H. (GC), Avis consultatif précité, dispositif : « le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

<sup>(13)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 89.

<sup>(14)</sup> La Cour estime que « cette conclusion [la] dispense d'examiner la question de savoir si [l'enfant] a également subi une violation du droit au respect de sa vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention » (Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 90). À l'égard des parents d'intention, la Cour n'a pas conclu à la violation du droit au respect de la vie familiale (Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 93).

<sup>(15)</sup> Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Valdis Fjölfnisdóttir et autres c. Islande*, 18 mai 2021 et Cour eur. D.H., décision *S.-H. c. Pologne*, 21 novembre 2021. Pour un commentaire de ces arrêts, voy. G. WILLEMS, « GPA internationale : la Cour de Strasbourg à la croisée des chemins ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2022/1, pp. 180 à 184. Voy. également, pour un récapitulatif de l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH en matière de GPA internationale, D. PIRE, « Un nouvel arrêt important de la Cour européenne des droits de l'homme quant à la reconnaissance des GPA pratiquées à l'étranger », *J.L.M.B.*, 2023/11, pp. 463-466.

<sup>(16)</sup> G. WILLEMS, « GPA internationale : la Cour de Strasbourg à la croisée des chemins ? », *op. cit.*, p. 183.

Cour, cet aspect ne serait pas (plus) en mesure de justifier le refus par les États parties des liens noués à l'étranger »<sup>(17)</sup>. L'assimilation des familles issues de couples homoparentaux aux familles issues de couples hétérosexuels se confirme avec l'arrêt commenté.

Les arrêts *Mennesson* et *D. c. France* concernent tous deux des couples hétérosexuels mariés, alors que l'affaire *D.B. et autres c. Suisse*, concerne une affaire d'homoparentalité. S'appuyant sur l'intérêt supérieur de l'enfant et jugeant notamment que celui-ci « ne peut pas dépendre de la seule orientation sexuelle des parents »<sup>(18)</sup>, la Cour étend les exigences développées dans sa jurisprudence antérieure aux couples de même sexe, unis par un partenariat enregistré.

Un pas de plus a donc été franchi dans la reconnaissance des droits des « familles arc-en-ciel », à la suite d'une GPA pratiquée à l'étranger<sup>(19)</sup>.

Par conséquent, l'existence d'un lien biologique entre l'enfant et l'un des parents d'intention entraîne dans le chef des États la double obligation conventionnelle de reconnaître juridiquement le lien de filiation à l'égard du parent génétique (*Mennesson*) ainsi qu'à l'égard du parent d'intention (Avis consultatif de 2019) et ce, que l'on soit face à une famille hétéroparentale ou homoparentale (*D.B. et autres*).

### III. L'effet du lien biologique sur l'analyse de l'article 8 CEDH par la Cour eur. D.H.

Si l'évolution est considérable, il est à noter que la primauté du lien biologique persiste. Dans l'arrêt *Mennesson c. France* (2014), dans l'arrêt *D. c. France* (2020) ou encore dans l'arrêt commenté (2022), un lien biologique lie l'enfant à l'un de ses parents d'intention.

De cette réalité biologique découle, en vertu du droit au respect de la vie privée de l'enfant, une exigence de reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger<sup>(20)</sup>. En outre, dans ces arrêts, la protection du droit au respect de la vie

<sup>(17)</sup> D. THIENPONT et G. WILLEMS, « Le droit à la libre circulation des familles homoparentales consacré par la Cour de justice de l'Union européenne (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *V.M.A. c. Stolichna obshtina*, rayon "Pancharevo", 14 décembre 2021, aff. C-490/20) », *Rev. trim. dr. h.*, 2022/132, p. 946.

<sup>(18)</sup> « La Cour rappelle d'emblée que l'intérêt supérieur de l'enfant comprend *inter alia* l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable [...]. Pour cette raison, le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention [...]. Dès lors, la marge d'appréciation des États est limitée s'agissant du principe même de l'établissement ou de la reconnaissance de la filiation. La Cour estime également que l'intérêt de l'enfant ne peut pas dépendre de la seule orientation sexuelle des parents » (Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 85).

<sup>(19)</sup> Pour un état de la jurisprudence belge et européenne sur la vie familiale des couples homosexuels, voy. : M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, « 5.1. – La vie familiale des personnes homosexuelles », *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, N. DANDROY et G. WILLEMS (dir.), 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 565-638.

<sup>(20)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, §§ 96 à 101 ; Cour eur. D.H., arrêt *D. c. France*, 16 juillet 2020, §§ 55 à 72 ; Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, §§ 87 à 90.

familiale est déclenchée par la présence d'un lien biologique, combiné au développement d'une vie familiale de fait<sup>(21)</sup>.

Qu'en est-il en l'absence de lien biologique ?

Le célèbre arrêt de grande chambre de 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*<sup>(22)</sup>, concernait un couple italien qui s'était vu retirer la garde de leur enfant accueilli à la suite d'une GPA réalisée en Russie. En l'occurrence, aucun lien biologique ne liait l'enfant aux parents d'intention et aucune vie familiale ne s'était déployée, l'enfant ayant été placé dans un foyer alors qu'il avait à peine quelques mois. La Cour a jugé qu'il n'existait pas en l'espèce une vie familiale à protéger<sup>(23)</sup>. Elle poursuivit son analyse sous l'angle de la vie privée des parents d'intention (et non de l'enfant)<sup>(24)</sup> et jugea, au regard des intérêts en cause, que l'État italien n'avait pas commis d'ingérence disproportionnée. Elle conclut donc à l'absence de violation de l'article 8 CEDH<sup>(25)</sup>.

Aucun lien biologique n'existait non plus entre l'enfant et ses mères d'intention dans l'affaire *Valdis Fjölhnisdóttir et autres c. Islande*<sup>(26)</sup> (2021). Cet arrêt a été rendu au sujet d'un couple lesbien, marié, à qui les autorités islandaises avaient refusé la reconnaissance du lien de filiation légalement établi en Californie avec l'enfant né d'une GPA. À l'inverse de *Paradiso et Campanelli c. Italie*, des liens familiaux avaient pu se développer de sorte que la Cour de Strasbourg y a reconnu l'existence d'une vie familiale<sup>(27)</sup>. Elle a jugé à cet égard qu'aucune violation n'a été commise par l'État islandais en ce qu'il a permis la protection et le déploiement des liens familiaux de fait, notamment via le placement de l'enfant chez ses mères d'intention et, suite à leur divorce, chez l'une d'elles<sup>(28)</sup>. La Cour a estimé en outre

<sup>(21)</sup> G. WILLEMS, « GPA internationale : la Cour de Strasbourg à la croisée des chemins ? », *op. cit.*, p. 181.

<sup>(22)</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017. Pour une analyse à ce sujet, voy. not. G. WILLEMS, « La filiation et l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.E.D.H.*, 2018/5, pp. 435-466 ; P. TAPIERO, « 4.3.2. – La gestation pour autrui », in *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, N. DANDOY et G. WILLEMS (dir.), 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 357-384.

<sup>(23)</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, § 158. Voy. également D. PIRE, « Un nouvel arrêt important de la Cour européenne des droits de l'homme quant à la reconnaissance des GPA pratiquées à l'étranger », *J.L.M.B.*, 2023/11, p. 465.

<sup>(24)</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, § 164.

<sup>(25)</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, § 215 (« Toutefois, l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien »).

<sup>(26)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Valdis Fjölhnisdóttir et autres c. Islande*, 18 mai 2021.

<sup>(27)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Valdis Fjölhnisdóttir et autres c. Islande*, 18 mai 2021, § 62.

<sup>(28)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Valdis Fjölhnisdóttir et autres c. Islande*, 18 mai 2021, §§ 61 et 61 (« 60. [...] unlike in the situation in *Paradiso and Campanelli* [...], *the relationship between all three applicants was not severed by decisions of the national authorities*. [...] 61. [...] However,

que le même développement s'applique au droit au respect de la vie privée des requérants, sans toutefois se livrer à une quelconque évaluation concrète.

De ce qui précède, du point de vue du droit au respect de la vie familiale, l'on relèvera que le déploiement de liens familiaux de fait permet d'activer la protection de l'article 8 CEDH et ce, indépendamment de l'existence d'une réalité biologique. Toutefois, cela n'emporte pas l'exigence de reconnaissance de liens établis à l'étranger.

Au regard du droit au respect de la vie privée de l'enfant, il ressort que le traitement accordé par la Cour EDH diffère que l'on soit en présence ou en l'absence d'un lien biologique. En effet, dans le premier cas, comme précédemment souligné, c'est du droit au respect de la vie privée de l'enfant que découle l'exigence d'établir les liens de filiation à l'égard des parents d'intention. Dans le second cas, l'analyse du droit au respect de la vie privée de l'enfant est passée sous silence. Comme le note G. Willems au sujet de l'arrêt *Valdis*, « [o]n peut sans doute considérer que l'escamotage de la vie privée tient ici aux réticences de la Cour à franchir le cap significatif d'une obligation d'établir la filiation même en l'absence de lien biologique »<sup>(29)</sup>.

Or, du point de vue de l'enfant né par GPA à l'étranger, qu'il soit ou non biologiquement lié à l'un des parents d'intention, les impacts négatifs dérivant de la non-reconnaissance des liens de filiation ne diffèrent pas. C'est d'ailleurs ce que souligne le juge Lemmens dans son opinion concordante rendue dans le cadre de l'affaire *Valdis* qui, ce faisant, ouvre la voie à d'éventuelles évolutions futures<sup>(30)</sup>.

Ainsi, en l'état actuel de la jurisprudence, en l'absence d'un lien biologique entre l'enfant né par GPA à l'étranger et les parents d'intention, il n'existe, pour l'État concerné, aucune obligation de reconnaissance à proprement parler du lien de filiation. Cependant, les lignes semblent bouger et il n'est pas exclu qu'à l'avenir, la présence d'une vie familiale *de facto* l'emporte sur l'absence du lien biologique de manière à étendre la jurisprudence *Mennesson* dans un tel cas de figure et à encourager la reconnaissance d'une filiation. De même, il n'est pas exclu que l'argumentation relative à la vie privée de l'enfant issu d'une GPA puisse trouver à se déployer en l'absence de lien biologique.

---

it cannot be overlooked that the third applicant has been in the *uninterrupted care of the first and second applicants since he was born in February 2013*. It follows that upon the delivery of the final domestic judgment at the end of March 2017, *the three applicants had been bonded for over four years: the third applicant's entire life [...]* » (nous soulignons). Voy. à ce sujet : G. WILLEMS, « GPA internationale : la Cour de Strasbourg à la croisée des chemins ? », *op. cit.*, pp. 180 à 184. Voy. également : S. DEN HAESE, « De juridische positie van vensouders na grensoverschrijdend draagmoederschap », *T.J.K.*, 2022/1, pp. 71-79.

<sup>(29)</sup> G. WILLEMS, « GPA internationale : la Cour de Strasbourg à la croisée des chemins ? », *op. cit.*, p. 183.

<sup>(30)</sup> P. Lemmens, opinion concordante sous Cour eur. D.H., arrêt *Valdis Fjölfnisdóttir et autres c. Islande*, 18 mai 2021, § 4. Cette idée était d'ailleurs déjà présente dans l'Avis consultatif de 2019, lequel précisait que si la Cour se limitait en l'espèce à l'analyse des faits qui lui étaient présentés (Monsieur Mennesson étant lié biologiquement aux enfants), « elle pourrait être appelée à l'avenir à développer sa jurisprudence dans ce domaine, étant donné en particulier l'évolution de la question de la gestation pour autrui » (Cour eur. D.H. (GC), Avis consultatif précité, §40).

#### IV. La mobilisation de l'avis consultatif du 10 avril 2019

Les avis consultatifs constituent une manifestation relativement nouvelle de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Pensé pour désengorger la Cour eur. D.H. d'un nombre de requêtes toujours plus abondant<sup>(31)</sup> et pour renforcer le dialogue entre les juges<sup>(32)</sup>, le Protocole n° 16 à la Convention est entré internationalement en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018<sup>(33)</sup> (et à l'égard de la Belgique, le 1<sup>er</sup> mars 2023)<sup>(34)</sup>. Il instaure la possibilité pour les plus hautes juridictions d'un État ayant ratifié le Protocole d'adresser à la Cour, à propos d'une affaire pendante devant elle, une demande d'avis consultatif, portant sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »<sup>(35)</sup>. L'avis consultatif est rendu par la Grande Chambre<sup>(36)</sup>.

L'article 5 dudit Protocole précise que les avis ne sont pas contraignants dès lors qu'il revient à la « juridiction qui a procédé à la demande [de décider] [...] des effets de l'avis consultatif sur la procédure interne »<sup>(37)</sup>. Toutefois, le caractère non contraignant de ces avis n'est pas synonyme d'absence d'effet<sup>(38)</sup>. Au contraire, le rapport explicatif du Protocole n° 16 indique que « [l]es avis consultatifs [...] s'insèrent [...] dans la jurisprudence de la Cour, aux côtés de ses arrêts et décisions. L'interprétation de la Convention et de ses protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions »<sup>(39)</sup>.

<sup>(31)</sup> C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *Rev. trim. dr. h.*, 2019/117, p. 45.

<sup>(32)</sup> Rapport explicatif du Protocole n° 16, § 1.

<sup>(33)</sup> Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales fait le 2 octobre 2013 à Strasbourg, approuvé par la loi d'assentiment du 30 octobre 2022, *M.B.*, 5 décembre 2022.

<sup>(34)</sup> Loi portant assentiment au Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 2 octobre 2013, *M.B.*, 5 décembre 2022.

<sup>(35)</sup> Protocole n° 16 précité, art. 1. De plus, « les avis qu'elle est amenée à rendre en application de ce protocole doivent se limiter aux points qui ont un lien direct avec le litige en instance au plan interne » (Cour eur. D.H. (GC), Avis consultatif précité, § 26) ; voy. également, C. JADOT, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VERDUSSEN, « Le labyrinthe belge aura-t-il raison du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *L'environnement, le droit et le magistrat*, J. SAMBON (coord.), Bruxelles, Larcier, 2021, p. 385.

<sup>(36)</sup> Rapport explicatif du Protocole n° 16, § 16.

<sup>(37)</sup> Rapport explicatif du Protocole n° 16, § 25. Toutefois, si la juridiction qui a procédé à la demande s'écarte de l'Avis rendu, le requérant pourrait alors « exercer, par la suite, son droit de recours individuel en vertu de l'article 34 de la Convention » (*ibid.*, § 26). Sur ce point, les Avis consultatifs diffèrent des arrêts rendus sur questions préjudicielles de la Cour de justice de l'Union européenne.

<sup>(38)</sup> F. Krenc, opinion concordante sous Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 17.

<sup>(39)</sup> Rapport explicatif du Protocole n° 16, § 27.

Les avis consultatifs se voient dès lors, au même titre que les arrêts de la Cour eur. D.H., reconnaître une autorité de chose interprétée<sup>(40)</sup>, à savoir que « la Cour “dit le droit” au-delà du cas d’espèce, à l’attention de tous les États parties à la Convention »<sup>(41)</sup>. F. Krenc y reconnaît une « autorité naturelle », « l’avis ne pouvant être ignoré par les autorités et juridictions des autres États [...] »<sup>(42)</sup>. En conséquence, indépendamment du fait qu’ils aient ratifié le Protocole n° 16, tous les États membres du Conseil de l’Europe sont concernés puisque, précisément, « la Cour y interprète les dispositions de la Convention qui lient ces États »<sup>(43)</sup>.

D’ailleurs, les juridictions belges ont rapidement perçu l’intérêt de ces avis. Des arrêts de la Cour d’appel de Liège<sup>(44)</sup> ou de la Cour d’appel de Mons<sup>(45)</sup> se réfèrent explicitement à l’avis consultatif du 10 avril 2019 afin de se prononcer sur la reconnaissance d’actes de naissance établis suite à une GPA pratiquée à l’étranger<sup>(46)</sup>.

Ainsi, sans innover sur ce point, l’arrêt *D.B.* confirme l’impact des interprétations fournies dans les avis sur la jurisprudence contentieuse de la Cour eur. D.H. En effet, dans l’affaire *D. c. France*, en matière de GPA (et plus précisément à l’égard de la reconnaissance du lien de filiation entre l’enfant et le parent non biologique), la Cour s’était déjà fondée, de manière décisive, sur l’avis consultatif du 10 avril 2019 pour conclure que l’adoption constitue un « mécanisme effectif et suffisamment rapide permettant la reconnaissance du lien de filiation » entre l’enfant et le parent d’intention non génétique<sup>(47)</sup>.

<sup>(40)</sup> F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l’homme et les Avis consultatifs », *C.D.E.*, 2018/3, p. 656 et F. GOSSELIN, *Droit de la fonction publique à l’aune du droit européen*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 549 ; L. LAVRYSEN et T. MOONEN, « Abstract but Concrete, or Concrete but Abstract ? A Guide to the Nature of Advisory Opinions under Protocol n° 16 to the ECHR », *Human Rights Law Review*, 2021/21, p. 773.

<sup>(41)</sup> F. GOSSELIN, « Titre II – Le droit du Conseil de l’Europe », *Droit de la fonction publique à l’aune du droit européen*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 534.

<sup>(42)</sup> F. KRENC, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (1<sup>er</sup> janvier – 30 juin 2019) », *J.T.*, 2019/39, p. 803.

<sup>(43)</sup> F. Krenc, opinion concordante sous Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 21. Par ailleurs, « [la] volonté [de la Cour de Strasbourg] est de rédiger ses avis de manière à pouvoir en généraliser la portée, d’“objectiviser” sa réponse pour faire en sorte qu’elle soit susceptible d’éclairer les autres États parties (y compris ceux n’ayant pas encore ratifié le Protocole n° 16) » (C. JADOT, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 386) ; voy. également D. SZYMCAK, « ‘Répondre et rassurer’ : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l’homme (obs. sous Cour eur. D.H., GC, avis consultatif relatif à la gestation pour autrui, 10 avril 2019) », *Rev. trim. dr. h.*, 2019/210, pp. 976-977.

<sup>(44)</sup> Liège, 30 juillet 2020, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/1, pp. 138-152.

<sup>(45)</sup> Mons, 2 novembre 2020, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/1, pp. 153-175 ; Mons, 26 avril 2021, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/3, pp. 701-722.

<sup>(46)</sup> Pour un commentaire des arrêts de 2020, voy. J. MARY et G. MATHIEU, « Gestation pour autrui, filiation et droit international privé : vers une reconnaissance automatique de l’acte de naissance étranger ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/1, pp. 189-214.

<sup>(47)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *D. c. France*, 16 juillet 2020, § 70.

## V. L'application rétroactive de l'avis consultatif de 2019

Un point d'intérêt de l'arrêt *D.B.* concerne la portée temporelle donnée aux avis consultatifs. En l'espèce, la Cour se fonde sur l'avis consultatif du 10 avril 2019 afin de se prononcer sur une situation antérieure à son adoption. En effet, comme le souligne la juge Eløsegui dans son opinion en partie dissidente, la Cour tire les enseignements de cet avis afin de juger de faits s'étant déroulés entre 2011 (naissance de l'enfant) et 2018 (adoption de l'enfant par D.B.). En réalité, la décision suisse rendue en 2015 s'alignait sur la jurisprudence strasbourgeoise de l'époque, à savoir l'arrêt *Menesson* de 2014, en ce que le tribunal fédéral avait reconnu le lien de filiation établi à l'égard du père biologique de l'enfant. Par ailleurs, lorsque l'avis a été rendu en 2019, la législation suisse était conforme à l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme fournie dans celui-ci : en permettant l'adoption pour les personnes unies par un partenariat enregistré, une possibilité était offerte au père d'intention non génétique d'établir un lien de filiation avec l'enfant né d'une GPA<sup>(48)</sup>.

Ces données temporelles poussent la juge dissidente à considérer que la Cour eur. D.H. a effectué une application rétroactive des principes généraux pertinents en la matière<sup>(49)</sup>. Par ailleurs, « l'avis consultatif précité reflète une certaine évolution des mentalités sociales. Or le passé ne doit pas être jugé à la lumière des évolutions sociales ultérieures, sous peine d'anachronisme »<sup>(50)</sup>. La juge Eløsegui craint donc qu'en concluant à la violation du droit au respect de la vie privée de l'enfant sur base d'un tel développement, « la majorité en [vienn] finalement à ouvrir la porte à la gestation pour autrui en laissant entendre que cette pratique est conforme à la Convention »<sup>(51)</sup>.

Cela doit être nuancé. Premièrement, en présence d'un lien biologique, l'obligation de reconnaissance des liens établis à l'étranger à la suite d'une GPA n'est plus discutée.

Ensuite, considérant que l'interprétation donnée par la Cour dans ses avis consultatifs s'aligne avec les dispositions de la Convention, l'application temporelle dans cet arrêt de l'avis de 2019 n'est, finalement, pas si surprenante. En effet, « [e]n ratifiant [la Convention] et en conférant expressément à la Cour la compétence de l'interpréter (article 32 de la Convention), les États contractants ont

<sup>(48)</sup> M. Eløsegui, opinion en partie dissidente sous Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 5.

<sup>(49)</sup> M. Eløsegui, opinion en partie dissidente sous Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 6.

<sup>(50)</sup> M. Eløsegui, opinion en partie dissidente sous Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 6. De plus, « [l]a doctrine de l'instrument vivant ne doit pas être prise à la légère : elle ne nous permet pas de remonter le temps en appliquant rétroactivement des principes juridiques qui n'étaient pas reconnus à l'époque pertinente et de constater une violation de la Convention à cette époque-là » (*ibid.*). Ces considérations poussent la juge dissidente à considérer que « c'est à juste titre que dans ses observations, le gouvernement suisse a invité la Cour à déclarer les requêtes irrecevables, car il n'existait aucun préjudice au moment de l'introduction de celles-ci auprès d'elle » (*ibid.*).

<sup>(51)</sup> M. Eløsegui, opinion en partie dissidente sous Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 20.

accepté de se soumettre à des obligations dont le contenu, en raison de leur libellé, est nécessairement appelé à être précisé par la Cour »<sup>(52)</sup>.

## VI. Conclusion

L'arrêt *D.B. et autres c. Suisse* confirme et progresse. Il confirme la jurisprudence antérieure de la Cour eur. D.H., déduisant du droit au respect de la vie privée de l'enfant né par GPA la nécessité de permettre en droit interne la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du parent biologique mais également du parent non biologique.

Il se démarque cependant en appliquant ces principes à l'homoparentalité, témoignant d'une progression notable en la matière.

Indubitablement, nous ne sommes qu'à l'aube des évolutions de la jurisprudence consacrée à la GPA internationale homoparentale, notamment au regard de la primauté du lien biologique.

Enfin, cet arrêt permet de rendre compte du rôle concret et déterminant des avis consultatifs<sup>(53)</sup>, mécanisme de *soft law*, dans la jurisprudence de la Cour eur. D.H., illustrant ainsi que « les cloisons entre la jurisprudence consultative de la Cour et sa jurisprudence contentieuse ne sont pas hermétiques »<sup>(54)</sup>.

Marie FANARA

*Assistante à l'UCLouvain (Centre Charles De Visscher  
pour le droit international et européen)  
Avocate au barreau de Bruxelles*

<sup>(52)</sup> F. Krenc, opinion concordante sous Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 25. Sur l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour eur. D.H., voy. not. C. GIANOPOULOS, *L'autorité de la chose interprétée de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2019 ; F. KRENC, « L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, S. VAN DROGHENBROECK (dir.), 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 311-328.

<sup>(53)</sup> À l'heure où nous écrivons ces lignes, au total, six avis consultatifs ont été rendus dont trois en 2022 et un en 2023 (<https://www.echr.coe.int/fr/advisory-opinions>).

<sup>(54)</sup> F. Krenc, opinion concordante sous Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, § 12.