

# Recueil Dalloz

Recueil Dalloz 2014 p. 1797

Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme

**François Chénéde, Professeur à l'Université Lyon III - Jean Moulin**

**1.** A quelques jours d'intervalle, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a pris position dans deux des débats politiques et moraux les plus disputés en France ces dernières années : le sort des enfants issus d'une gestation pour autrui (GPA) ¶(1) et l'interdiction du voile intégral dans l'espace public ¶(2). L'attitude adoptée par la Cour face à ces deux questions a toutefois été radicalement différente : si elle a respecté l'arbitrage de l'Etat français sur le port du voile intégral, en rappelant « le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention », elle n'a pas hésité à lui reprocher une atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants issus d'une GPA étrangère, en écartant la marge d'appréciation - prétendument - reconnue aux autorités nationales sur les « questions morales ou éthiques délicates ». De prime abord, une telle disparité de jugement a de quoi surprendre. Elle ne fait pourtant que rappeler que la CEDH, encouragée par une partie de la doctrine, s'est depuis longtemps détachée de toute contrainte démocratique en choisissant, au cas par cas, au gré de son opinion morale sur les questions en cause, de revenir ou non sur les arbitrages politiques opérés par les élus du peuple. Loin d'atténuer l'audace du 26 juin, la réserve du 1<sup>er</sup> juillet ne la rend donc que plus criante. C'est cette nouvelle instrumentalisation - peut-être pas tyrannique, mais assurément aristocratique - des droits de l'homme qu'il conviendra à nouveau de dénoncer (II), après avoir présenté le raisonnement juridique d'apparat mobilisé par la Cour pour habiller sa prise de position - et de pouvoir - politique (I).

- I -

**2.** Les faits de l'affaire *Menesson* sont suffisamment connus pour que l'on ne s'y attarde pas trop longuement. Se heurtant à l'interdiction d'ordre public du droit français (art. 16-7 et 16-9 c. civ.), les époux *Menesson* se sont rendus en Californie pour profiter d'une GPA dont sont issues deux jumelles. En application d'une décision rendue par la Cour suprême de cet Etat, ils ont été déclarés père (génétique) et mère (légale) de ces enfants. De retour sur le territoire français, auquel ils semblent plus attachés qu'à sa loi, les époux ont sollicité la transcription des actes américains sur les registres d'état civil français, ce que le procureur de la République a accepté... afin de pouvoir en demander l'annulation pour contrariété à la conception française de l'ordre public international. Après avoir déclaré l'action du ministère public recevable ¶(3), la première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir annulé cette transcription au motif qu'il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes de faire produire effet en France à une convention de mère porteuse ¶(4). Mécontents de ce rappel à la loi dont ils pensaient s'être affranchis en se rendant à l'étranger pour la violer, les époux *Menesson* ont saisi, sans surprise, la CEDH en reprochant aux juridictions françaises d'avoir méconnu l'intérêt supérieur des enfants et violer leur droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 Conv. EDH).

**3.** Avant de se prononcer « en droit » (du moins selon la formule consacrée de la Cour ¶(5)), les juges strasbourgeois se sont attachés à présenter le contexte légal et doctrinal de cette requête.

La décision débute ainsi par une description - simplifiée, mais fidèle - du *droit positif* français (§ 29 à 36). Du côté de la loi, la Cour évoque la prohibition de la GPA (art. 16-7 et 16-9 c. civ.), les règles régissant les actes d'état civil établis à l'étranger (art. 47 c. civ.), ainsi que les infractions pénales relatives à l'entremise gestationnelle (art. 227-12 c. pén.) et la manipulation de l'état civil de l'enfant (art. 227-13 c. pén.). Du côté de la jurisprudence, elle rappelle tout d'abord le refus de l'établissement de la filiation maternelle (à l'égard de la mère d'intention qui n'a pas porté l'enfant), par transcription des actes étrangers, par adoption ou encore par possession d'état, au nom de la contrariété au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état ¶(6). Elle rappelle ensuite l'opposition, plus récente, de la Cour de cassation à l'établissement de la filiation à l'égard du père d'intention, également père biologique, en raison de la fraude à loi commise par celui-ci (refus de la transcription des actes étrangers, annulation de la reconnaissance) ¶(7). Elle rappelle enfin la

décision du Conseil d'Etat imposant la remise des documents de voyage permettant l'entrée des enfants sur le territoire français (8), ainsi que la circulaire de la garde des Sceaux visant à faciliter l'octroi d'un certificat de nationalité française en dépit du « soupçon » de recours à une convention de mère porteuse (9).

La présentation de l'état des réflexions de *droit prospectif* est en revanche beaucoup plus parcellaire, pour ne pas dire partielle (§ 37 à 39). La Cour évoque, tout d'abord, le riche rapport du Conseil d'Etat sur la révision des lois bioéthiques, qui, refusant de fragiliser la prohibition légale française, préconisait de ne pas reconnaître tous les effets des GPA réalisées à l'étranger en se contentant de reconnaître la filiation des enfants à l'égard du père biologique. Cette proposition *a minima* ne fut toutefois pas retenue par les élus du peuple - rappelons-le à la place de la Cour - lors de la révision des lois bioéthiques en 2011. La Cour se réfère ensuite au récent rapport « Filiation, origines, parentalités » dirigé par la sociologue Irène Théry, commandé par l'ex-ministre déléguée à la famille, qui s'est prononcé en faveur de la reconnaissance totale des effets des GPA constituées à l'étranger au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette proposition n'a pas davantage convaincu nos représentants qui, loin d'avoir émis le souhait de consacrer l'une ou l'autre des différentes recommandations de ce rapport, se seraient même étonnamment opposés, un temps, à sa simple publication... Allant *crescendo*, la Cour évoque *in fine* la proposition formulée en 1989 par un comité d'experts auprès du Conseil de l'Europe de légaliser la pratique de la GPA à la double condition que la mère porteuse ne soit pas rémunérée et qu'elle puisse conserver l'enfant à la naissance si tel était son souhait.

L'étude de *droit comparé* réalisée par la Cour sur un échantillon de trente-cinq Etats-parties à la Convention révèle, quant à elle, la diversité d'approches des législations européennes (§ 40 à 42) (10). Si l'extrême majorité de ces Etats prohibe la GPA sur leur territoire (sept l'autorisent), une partie non négligeable d'entre eux accepte de reconnaître la filiation, au moins paternelle, des enfants issus d'une GPA réalisée à l'étranger. On aurait pu imaginer que cette absence de consensus conduirait les juges de Strasbourg à respecter le choix démocratiquement opéré par les autorités françaises. C'est pourtant une tout autre voie qu'a décidé d'emprunter la CEDH. Suivons-la pas à pas.

**4.** Le premier temps de son raisonnement ne pose aucune difficulté : le refus des juridictions françaises d'établir la filiation tant maternelle que paternelle des deux jumelles constitue-t-il une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants ? La réponse est évidemment positive. La seule véritable question, qui constitue le second temps de la décision, est de savoir si cette ingérence est justifiée, c'est-à-dire, selon la méthodologie de la Cour, déterminer si elle est prévue par la loi (1°), si elle poursuit un but légitime (2°) et, *last but not least*, car c'est ici que tout se joue, si elle apparaît « nécessaire dans une société démocratique » (3°).

Bien que les requérants, peut-être encouragés par la mauvaise foi de quelques auteurs, n'aient pas craint de soutenir le contraire, la Cour n'a pu que constater que l'ingérence dont ils étaient victimes était prévue par la loi, et plus précisément par l'article 16-7 du code civil, dont le caractère d'ordre public (art. 16-9 c. civ.) a conduit la Cour de cassation à refuser de reconnaître en droit français les liens de filiation entre les enfants et les parents d'intention (§ 57 et 58) (11). La Cour aurait dû ajouter, pour rendre parfaitement compte de l'état du droit français, que cette solution prétorienne a été depuis explicitement approuvée par la représentation nationale qui s'est expressément prononcée, à l'occasion des discussions sur la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, contre la reconnaissance des effets de cette fraude à la loi française sur le territoire national (12).

Balayant d'un revers de main l'objection - il est vrai ridicule - des requérants (13), la Cour reconnaît tout aussi aisément que cette ingérence poursuit des buts légitimes au sens du second paragraphe de l'article 8. Si elle ne voit pas en quoi cette immixtion dans la vie privée et familiale assure « la défense de l'ordre » ou la « prévention des infractions pénales », faute de contravention ou de délit constitué par le simple recours à la GPA, elle admet en revanche que ce refus cherche à décourager les ressortissants français d'avoir recours à l'étranger à une pratique que la France estime, « selon sa perception de la problématique » (14), contraire à l'intérêt de l'enfant (risque de réification, effets psychologiques de l'abandon) et de la mère porteuse (risque d'exploitation), rejoignant ainsi les objectifs de protection « de la santé » et des « droits et libertés d'autrui » 2 prévus par la Convention (consid. 62).

Prévue par la loi et poursuivant un but légitime, cette ingérence est-elle pour autant « nécessaire dans une société démocratique » ? Le sens de ce troisième poste de contrôle, fruit d'une interprétation libre de l'article 8, § 2, de la Convention, ne s'évince pas immédiatement des termes employés pour le décrire (15). Les habitués de la jurisprudence de la CEDH savent pourtant que c'est à ce stade que tout - ou presque - se décide (16). Contrôler si l'ingérence est « nécessaire » dans une société démocratique, c'est en effet, selon la Cour, vérifier qu'elle est « proportionnée » au but légitime poursuivi. C'est *via* ce contrôle de proportionnalité que la juridiction quitte les rives rassurantes du contrôle de légalité (l'atteinte est prévue par la loi et poursuit un but légitime) pour aborder celles, infiniment plus périlleuses, du contrôle d'opportunité (cette atteinte est-elle admissible ?). Vraisemblablement consciente du risque d'usurpation de pouvoir inhérent à un tel examen, la Cour a reconnu, on le sait, une ultime soupape de sécurité pour la démocratie : la « marge d'appréciation » des Etats. L'arrêt *Menesson* nous montre toutefois, après tant d'autres (17), que la Cour n'hésite pas, moyennant quelques tours de passe-passe plus ou moins grossiers, à réduire à néant cette marge d'appréciation et la souveraineté - certes nationale, mais surtout populaire (18) - qu'elle est censée sauvegarder.

**5.** Dans la décision commentée, l'opération est réalisée en deux temps.

La CEDH commence par *restreindre* la marge d'appréciation reconnue à l'Etat français en empruntant un cheminement opposé à celui suivi dans une décision pourtant présentée comme un précédent (19). Dans cette autre affaire, la Cour avait eu à connaître de l'interdiction autrichienne de la PMA avec tiers donneur. Or, après avoir relevé que la marge d'appréciation laissée à l'Etat est « d'ordinaire restreinte » lorsqu'un aspect essentiel de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, elle avait ajouté que cette marge redevenait large en l'absence de consensus au sein des Etats membres, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales délicates (§ 94) (20), ce qui l'avait conduit, puisque tel était son souhait, à ne pas condamner l'interdiction autrichienne (21). Or, pour les besoins de la cause, c'est un raisonnement, non pas inverse, mais inversé, qui nous est servi dans l'arrêt *Menesson*. Après avoir rappelé que l'absence de consensus constaté au sein du Conseil de l'Europe sur une question éthique délicate commandait « en principe » une ample marge d'appréciation (§ 77 et 79), la Cour ajoute que celle-ci doit néanmoins être restreinte puisqu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu (§ 77 et 80), ce qui lui permet *in fine*, puisque tel était son désir, de condamner la position française. Plus malicieuse qu'ingénieuse (tant elle saute aux yeux), cette énième pirouette prétorienne apparaît au surplus largement superflue lorsque l'on passe à la suite de la décision.

Ne se contentant pas, en effet, de réduire la marge d'appréciation des autorités nationales, la CEDH l'évince ensuite purement et simplement en déclarant que « les choix opérés par l'Etat, *même dans les limites de cette marge*, n'échappent pas au contrôle de la Cour » ! Il lui appartiendrait donc encore - et par conséquent toujours - « d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'Etat et ceux des individus directement touchés par cette solution » (§ 81). Mais qu'est-ce donc qu'une « marge d'appréciation » qui ne permet pas à l'Etat de faire prévaloir son appréciation dans les limites de celle-ci ? Rien. Quelle réalité - et utilité - pour cet ultime rempart démocratique si la Cour s'autorise, une fois son existence admise, à contrôler son exercice ? Aucune. Loin de pouvoir faire obstacle à son interventionnisme, la marge d'appréciation reconnue aux Etats, telle qu'elle est utilisée - manipulée - par la Cour, lui laisse les mains totalement libres (22).

**6.** Le tour étant joué, la marge d'appréciation étant domestiquée, la CEDH pouvait désormais nous donner - en majesté - sa « perception de la problématique ». Or, selon elle, si le droit au respect de la vie familiale des parents a été justement ménagé, le droit au respect de la vie privée des enfants a été illégitimement méconnu.

En dépit des difficultés prétendument (inscription à la sécurité sociale, à la CAF, à la cantine scolaire ou encore au centre aéré) et éventuellement (nationalité, sort des enfants en cas de décès ou de séparation des parents) liées au défaut de filiation des enfants (§ 88-91), la Cour a en effet considéré que les parents ne démontraient pas qu'ils avaient été privés de leur droit au respect de la vie privée et familiale, puisqu'ils avaient pu s'établir tous les quatre en France et vivre dans une

situation comparable aux autres familles sans courir le risque d'une séparation imposée par les autorités (§ 92). Elle en conclut que les autorités françaises ont ménagé un « juste équilibre » entre les intérêts des parents et ceux de l'Etat (§ 93-94).

Il n'en va pas de même, en revanche, de la situation des enfants. La Cour commence par affirmer que le respect de la vie privée exige que « chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain » (§ 96). Or, parmi les éléments de l'identité d'une personne, on trouve assurément sa filiation. Par conséquent, en refusant de reconnaître, dans l'ordre juridique français, leur lien de filiation à l'égard de leurs parents d'intention, ainsi que la nationalité et la vocation successorale qui en découlent (§ 97-98) ¶(23), la France aurait porté atteinte à l'identité des enfants. Certes. Mais la Cour se contente ici de faire réapparaître, avec des mots nouveaux, le point de départ de sa décision : la solution adoptée par les autorités françaises constitue incontestablement une ingérence dans la vie privée ou une atteinte à l'identité des enfants. Cette évidence n'a jamais été contestée ¶(24). Elle laisse toutefois sans réponse la seule question qui se pose encore à ce stade du contrôle : la France pouvait-elle porter atteinte à l'identité et, de manière plus générale, à la vie privée de ces enfants, afin de satisfaire aux objectifs, reconnus légitimes, qui justifient l'interdiction interne de la GPA et le refus de la reconnaissance des effets des GPA étrangères ? A cette question, la seule qui compte, la CEDH répond par la négative. S'il lui apparaît « concevable » (tout au plus...) que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode qu'elle prohibe pour de justes motifs sur son territoire, elle constate que sa position affecte, non seulement les parents « qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que reprochent les autorités françaises », mais également les enfants « 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 ». Fort bien, mais il ne s'agit, là encore, que de rappeler l'arbitrage opéré par le législateur français dans ce conflit d'intérêts légitimes et divergents. Reposons donc *la seule véritable question* : les autorités françaises pouvaient-elles trancher ce débat moral et politique en ce sens ? Non répond *in fine* la CEDH qui estime que l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel « doit guider toute décision le concernant » (§ 99), commandait l'établissement de la filiation des enfants, peut-être pas à l'égard des deux parents, mais au moins à l'égard de celui qui est également leur parent biologique (§ 100). Elle en conclut qu'en faisant obstacle à l'établissement de la filiation paternelle des jumelles, l'Etat français serait allé « au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation », c'est-à-dire, traduisons, « au-delà de ce que la Cour a bien voulu lui permettre ».

En dépit de sa longueur et de ses détours ¶(25), la décision *Menesson* se résume donc en peu de mots : en présence d'un conflit d'intérêts légitimes divergents, point de départ de toutes discussions morales et politiques, la Cour n'a pas hésité à faire prévaloir son appréciation personnelle sur l'arbitrage opéré par les élus du peuple français. Oubliant la raison d'être et les nécessaires limites du contrôle exercé en leur nom, cette nouvelle instrumentalisation aristocratique des droits de l'homme est inacceptable.

- II -

**7.** Pour le comprendre, il convient, il est vrai, de ne pas s'en tenir à la surface des choses. De manière très superficielle, on pourrait en effet être tenté - certains n'y résistent pas - de s'abriter derrière la fameuse « hiérarchie des normes », en constatant que les droits de l'homme, garantis par une norme supra-légale, acceptée par l'Etat Français ¶(26), s'imposent à la loi en vertu de l'article 55 de la Constitution. C'est pourtant oublier ou occulter (sans que l'on sache vraiment ce qui est le plus grave) que les droits de l'homme ne sont pas des normes comme les autres et que le contrôle des lois exercé en leur nom n'a rien d'une application mécanique de la hiérarchie des normes.

On rappelle fréquemment, à raison, leur indétermination, laquelle nécessite l'interprétation, et leurs contradictions, lesquelles imposent la conciliation : droit à la vie privée contre liberté d'information, ou encore dignité de la personne humaine... contre dignité de la personne humaine (dans le débat sur l'euthanasie). Mais on ne relève peut-être pas suffisamment que ces caractères sont révélateurs de leur véritable nature. Que sont les droits de l'homme ? Il s'agit des valeurs *fondatrices* de notre société, c'est-à-dire les *bases* sur lesquelles les hommes doivent encore construire leur avenir partagé. Bases, car les droits de l'homme constituent le *point de départ*, et non le point final, de l'activité politique. Pour assurer le bon fonctionnement de la *polis*, pour organiser la vie dans la cité, les droits et libertés des uns doivent encore être conciliés, non seulement avec les droits et libertés

des autres, mais également avec le bien commun. Il suffit de lire ou relire les déclarations des droits de l'homme - ce que semblent négliger de faire ceux qui les invoquent - pour s'en souvenir : immédiatement après avoir proclamé un droit ou une liberté, les déclarants s'empressent d'ajouter que le *législateur* pourra en limiter la jouissance ou l'exercice pour préserver les droits d'autrui et/ou l'intérêt général. Garder à l'esprit ce que sont les droits de l'homme permet effectivement, par la même occasion, de ne pas oublier ce qu'est la loi : bien plus qu'une norme générale, impersonnelle et obligatoire adoptée par le Parlement, elle est un compromis, opéré par les élus du peuple, au nom du bien commun, entre des revendications et aspirations contradictoires. C'est dire que, de par sa fonction, la loi porte nécessairement atteinte aux droits et libertés des uns ou des autres.

Le rappel de ces évidences permet de redonner au contrôle des lois au nom des droits de l'homme son vrai visage ou sa véritable nature. En contrôlant la conformité d'une loi aux droits et libertés, on ne fait pas respecter une « hiérarchie » entre deux « normes juridiques » étrangères l'une à l'autre (présentation aussi superficielle que trompeuse), mais on apprécie un arbitrage politique au nom des valeurs que le législateur a déjà dû concilier, non seulement entre elles, mais également avec l'intérêt commun. Telle est la réalité - et l'incongruité apparente - du contrôle des lois au nom des droits de l'homme : elle offre au juge la possibilité de substituer son appréciation à celle du législateur dans les multiples conflits d'intérêts et de valeurs inhérents à la vie en société. Cette réalité n'avait guère échappé au promoteur du contrôle de constitutionnalité en Europe, Hans Kelsen (pourtant non ignorant de la « hiérarchie des normes »...), qui nous avait lui-même mis en garde contre la constitutionnalisation de ces valeurs morales et politiques insuffisamment déterminées sous peine d'assister à un « déplacement de pouvoir », du Parlement vers le juge, « politiquement tout à fait contre-indiqué » (27). C'est effectivement avec l'admission du contrôle judiciaire des lois *au nom des droits et libertés*, c'est-à-dire au nom des valeurs d'ores et déjà prises en compte par le législateur, qu'apparaît la *possibilité* du fameux « gouvernement des juges » (28). Est-ce à dire qu'il conviendrait, pour conjurer ce risque, d'abandonner ce type de contrôle ? Non, mais seulement d'en reconnaître les nécessaires limites en revenant à la raison d'être de son institution : la protection des libertés privées et non la consécration des revendications individuelles.

**8.** Traduction juridique du droit de résistance à l'oppression, le contrôle des lois au nom des droits de l'homme a été conçu pour assurer la protection des citoyens contre les interventions illégitimes des pouvoirs publics dans leur sphère privée (atteinte à la sûreté, à la propriété, aux libertés individuelles ou collectives, privées ou sociales), mais certainement pas pour imposer à l'autorité politique la satisfaction de tous nos désirs individuels au mépris de l'intérêt d'autrui et du bien commun (29). La lutte contre les détentions arbitraires, le travail forcé ou la pénalisation des relations homosexuelles n'est pas le combat pour la reconnaissance des effets d'une GPA frauduleuse. Or, depuis quelques années, on voit se multiplier les recours qui n'ont plus pour objet de réclamer le droit de ne pas être violenté (*lato sensu*) par l'Etat et son droit (ex. : conditions de la garde à vue, des écoutes téléphoniques, des visites domiciliaires, des expropriations, etc.), mais, et ce phénomène est particulièrement visible en droit des personnes et de la famille, de solliciter la satisfaction de *desiderata* individuels par-delà la volonté du législateur : ouverture du mariage et de l'adoption aux personnes de même sexe, validité du mariage entre alliés, droit à l'établissement de la filiation *post mortem*, ou encore, pour revenir à notre affaire, droit à l'établissement de la filiation des enfants issus de la GPA.

Accepté, alimenté et donc encouragé par la CEDH, ce dévoiement de la pratique des droits de l'homme n'a pas reçu le même accueil du Conseil constitutionnel (30). Dressant un premier bilan de la question prioritaire de constitutionnalité en droit de la famille, le chef du service juridique du Conseil a pu ainsi observer que les sages de la rue Montpensier, à la différence des juges de Strasbourg, appréhendaient le droit au respect de la vie privée et le droit au respect de la vie familiale comme des « *droits libertés* » et non des « *droits créances* » (31). Ainsi, si le droit au respect de la vie privée permet la protection de l'intimité contre les ingérences publiques injustifiées (ex. : conditions de l'intrusion au domicile, des écoutes téléphoniques), il ne permet pas l'obtention d'un droit non consacré par la loi : établissement de la filiation *post mortem* (32), accès aux origines personnelles de l'enfant né sous X (33). De même, si le droit au respect de la vie familiale interdit les entraves à l'exercice de relations familiales légalement établies (ex. : conditions du regroupement familial), il ne saurait donner « *droit à un certain statut juridique* » (34) (ex. : accès au mariage ou à l'adoption pour les couples homosexuels) (35). Politiquement neutre, ce renvoi à l'arbitrage du législateur, ce cantonnement de la pratique des droits de l'homme, ne traduit

nullement un quelconque « conservatisme » des juges constitutionnels. La décision « IVG » de 1975 <sup>136</sup> et, plus près de nous, la décision « Mariage pour tous » de 2013 <sup>137</sup> ont en effet suffisamment montré que si le Conseil ne se reconnaissait pas compétent pour accorder des droits nouveaux contre la volonté du législateur, il ne se croyait pas davantage légitime à refuser ceux octroyés par les élus du peuple. Ni conservatisme, ni progressisme. Un simple attachement répété à la démocratie.

Le critère mis en avant par le Conseil pour justifier cette retenue - et ainsi délimiter les frontières de son contrôle - est celui de la « question de société » dont la réponse appartiendrait exclusivement, selon les juges constitutionnels, au Parlement. Lorsqu'il est saisi d'une telle question, autour de laquelle s'affrontent les partisans du « progrès » et de la « tradition », le Conseil rappelle inlassablement - et alternativement aux militants des deux bords - qu'il ne lui appartient pas de « substituer son appréciation à celle du législateur ». Observons, car cela est essentiel, que ce renvoi au pouvoir souverain du Parlement n'a rien de commun avec la marge d'appréciation des Etats pratiquée par la CEDH en présence d'une « question éthique délicate ». Alors que la Cour reconnaît à l'Etat une marge d'appréciation plus ou moins grande, mais surtout, comme l'illustre l'arrêt *Mennesson*, contrôle le choix opéré par celui-ci « même dans les limites de sa marge » <sup>138</sup>, le Conseil, en présence d'une telle question, refuse, par principe et de manière inconditionnelle, de juger du bien-fondé de l'arbitrage réalisé par le législateur. Loin de constituer une « démission à exercer son office » <sup>139</sup>, cette modestie atteste au contraire d'une parfaite perception de la raison d'être - et partant des limites - du contrôle des lois au nom des droits de l'homme : rempart libéral contre les abus du pouvoir démocratique, il ne saurait devenir, sous peine de nous faire basculer vers un autre régime <sup>140</sup>, ni l'instrument du progressisme, ni celui du conservatisme.

**9.** Comment expliquer cette disparité d'attitude - modestie ou *self-restraint* d'un côté, audace ou *self-abandonment* de l'autre - entre le Conseil et la Cour face à ces questions ? Plusieurs pistes viennent à l'esprit. Elle pourrait tenir, tout d'abord, au contexte institutionnel de ces deux juridictions : à la différence du Conseil, la Cour ne se prononce pas sur l'oeuvre d'un législateur européen qui lui fait directement face, mais sur les solutions juridictionnelles d'Etats-parties, à l'égard desquels son déficit de légitimité <sup>141</sup> - et la réserve que celui-ci impose - lui saute peut-être moins aux yeux. Cette disparité d'approche tient sans doute également à la composition des deux juridictions : alors que le Conseil est encore majoritairement composé de « politiques » (anciens ministres, parlementaires, secrétaires d'Etat, hauts fonctionnaires, etc.), sensible à la légitimité du suffrage universel, et « particulièrement attachés au rôle prépondérant du Parlement » <sup>142</sup>, la Cour européenne, comme les juridictions suprêmes les plus interventionnistes, telle la Cour suprême des Etats-Unis, est essentiellement composée de juristes vraisemblablement plus enclins à se laisser emporter par leur nouveau pouvoir. Il faut dire que la Cour y est encouragée par toute une partie de la doctrine, et notamment par celle qui s'est fait une spécialité de son contentieux <sup>143</sup>. Car la « judiciarisation » des droits de l'homme ne profite pas qu'aux magistrats européens. De même qu'elle permet au juge de se prononcer sur un arbitrage politique au nom du « droit », elle permet au juriste de défendre une opinion morale et politique sous couvert d'argumentation juridique <sup>144</sup>. Or, si cette mascarade ne prête qu'à sourire lorsqu'elle se cantonne au terrain de l'expression doctrinale, elle devient infiniment plus préoccupante dès lors que ces auteurs peuvent trouver le relais et l'appui d'une juridiction dont les décisions, à la différence de leurs opinions, risquent de s'imposer à tous. L'arrêt *Mennesson* en est une parfaite illustration.

La CEDH prend en effet appui, nous l'avons vu, sur le rapport « Filiation, origines et parentalité » dirigé par la sociologue Irène Théry. Or, rappelons que les membres de ce groupe de travail se sont prononcés, à l'unanimité, pour la reconnaissance en droit français de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger <sup>145</sup>, en estimant que la position française sacrifie « l'intérêt de l'enfant sur l'autel des principes et de l'autorité de la loi » <sup>146</sup>. Il est sans doute à peine besoin de préciser que cette unanimité ne reflète pas l'éventail des opinions émises sur cette question... <sup>147</sup>, d'autres estimant, au contraire, que la position française présente l'avantage de ne pas sacrifier les intérêts jugés fondamentaux par les élus du peuple sur l'autel de revendications individuelles *contra legem*. Etonnamment, ou pas, cette opinion n'est guère (re)présentée dans le rapport, qui se contente de reprendre l'argumentaire des différents auteurs, membres du groupe de travail, qui s'étaient prononcés contre la solution adoptée par la Cour de cassation <sup>148</sup>. Si certains regretteront peut-être un léger manque d'honnêteté intellectuelle ou, comme l'on dit parfois, d'«

objectivité scientifique », la démarche adoptée dans cette partie du rapport ne fait finalement que rappeler la nature de ce travail : il ne s'agissait pas de rendre compte, de façon neutre et objective, de l'ensemble de la discussion, mais de défendre et de proposer au gouvernement, commanditaire du rapport, l'une des opinions, celle partagée par les membres du groupe, dans ce débat politique et citoyen<sup>49</sup>. *Dont acte...* du moins à ce stade, car la suite est plus sombre.

Rappelons en effet que l'argumentation déployée dans le rapport, qui tournait autour de l'intérêt de l'enfant, n'a nullement convaincu nos représentants, qui, non contents de ne pas inscrire à leur agenda (même lointain) l'une ou l'autre des propositions phares contenues dans le rapport, auraient même souhaité, si l'on en croit la grande presse, faire obstacle à sa publication. Si l'on excepte cette étonnante tentative de censure, il n'y a là rien que de très classique : les militants et les experts proposent, le peuple et ses élus disposent ; tel est le cheminement naturel de l'évolution de la règle du jeu social en démocratie. C'est pourtant cette voie, seule légitime, que l'on a tenté de contourner, avec succès, en instrumentalisant les droits de l'homme et le contrôle des lois exercé en leur nom. En effet, à la suite des auteurs qui l'ont inspiré, le rapport ne s'est pas contenté de dénoncer l'inopportunité de la position française (appréciation morale ou politique), il a également brandi, précédents à l'appui, la menace de sa condamnation européenne (appréciation prétendument juridique). Or il convient de relever la nature très particulière et la valeur toute relative de ce type de « prédiction doctrinale » en gardant à l'esprit ce qu'est le contrôle des lois au nom des droits de l'homme. L'atteinte à la vie privée ou à l'identité des enfants étant évidente, les objectifs légitimes poursuivis par le législateur n'étant pas davantage contestables, la seule incertitude d'un tel contrôle réside en effet dans la plus ou moins grande retenue dont va faire preuve la Cour dans l'exercice de son contrôle de proportionnalité : acceptera-t-elle de respecter l'arbitrage opéré par l'Etat (affaire du voile intégral) ou osera-t-elle substituer son appréciation à celle des autorités nationales (affaire des enfants nés de GPA) ? En prédisant - ou espérant - une condamnation, on se contente, par conséquent, de présager - ou désirer - l'audace à venir de la Cour. La mise en avant d'une telle menace a fonctionné comme une arme à double détente. Dans un premier temps, elle visait à convaincre le législateur d'abandonner son arbitrage politique (les objectifs légitimes poursuivis justifient l'atteinte à la vie privée ou à l'identité des enfants) au profit de la solution morale contraire préconisée par ces auteurs (l'intérêt supérieur de l'enfant doit l'emporter sur les objectifs légitimes poursuivis). Ce premier coup a manqué : le spectre d'une censure aristocratique n'a pas suffi à persuader la représentation démocratique de reconnaître, dans l'ordre juridique français, la filiation des enfants issus de GPA à l'étranger. Cette manoeuvre doctrinale n'a, en revanche, pas manqué d'attirer l'attention de la CEDH, qui souligne que le rapport dirigé par Irène Théry a mis en doute la compatibilité de la solution française avec le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 Conv. EDH) et l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3, § 1, CIDE). Quel beau cadeau pour la Cour que cette *prédication* doctrinale qui justifiait par avance sa nouvelle sortie de lit ! Car enfin, l'audace de la Cour aurait-elle été la même si le groupe de travail et les auteurs qui l'ont inspiré avaient rappelé, après avoir légitimement défendu leur opinion dans ce débat politique et citoyen, qu'un tel arbitrage entre des intérêts légitimes et divergents relevait *in fine* de la souveraineté populaire et non de l'appréciation judiciaire, des urnes et non des prétoires ? Qu'il nous soit permis d'en douter. Une chose est en tout cas certaine : leur augure - ou imprécation - n'a pas pu l'encourager à la retenue...

L'arrêt *Menesson* apparaît ainsi, et c'est bien là son seul mérite, comme une parfaite illustration du risque inhérent à la « fondamentalisation » du droit, ou, plus exactement d'ailleurs, à la « juridicisation » des valeurs politiques et morales, fondamentales et fondatrices, que sont les droits de l'homme : l'avènement d'une authentique aristocratie ou théocratie juridique, nouvelle « noblesse de robe », clergé d'Ecole et de Palais, qui, pétrie d'orgueil, se permet d'imposer ses vues politiques et morales au *demos* et à ses élus. Plus encore que la fragilisation de l'interdiction de la GPA, qu'à titre personnel nous regrettons<sup>50</sup>, c'est cette transgression éhontée de la démocratie - violation délibérée de la loi française à l'étranger (1<sup>er</sup> temps), éviction infatuée de la volonté des élus du peuple à Strasbourg (2<sup>nd</sup> temps) - qui scandalise dans l'affaire *Menesson*.

**10.** Et maintenant ? Comment réagir face à ce nouvel excès de pouvoir ? Dès le lendemain de la condamnation, le gouvernement a fait savoir qu'il ne « ferait pas appel » de cette décision (demande de renvoi devant la grande chambre), tout en laissant entendre qu'il ne modifierait pas l'état du droit français<sup>51</sup>. On l'aura compris, la balle est renvoyée aux magistrats qui auront à connaître des demandes à venir de transcription des actes d'état civil étrangers. Quelle attitude

devront-ils adopter ? On passera rapidement, non sans sourire, sur l'affirmation selon laquelle le respect de « la démocratie » leur commande d'appliquer « le droit », c'est-à-dire la décision de la CEDH (52), en rappelant que cette condamnation, et le processus qui l'a permis, n'est rien moins qu'une violation manifeste de celle-ci.

La Cour de cassation a-t-elle pour autant les moyens de résister à cette décision ? On sait que la CEDH, par une interprétation extensive des articles 1<sup>er</sup> (loyauté des Etats-parties) et 46 (force obligatoire et exécution des arrêts) de la Convention, impose à l'Etat condamné « de mettre un terme à la violation » et « d'éliminer, dans son ordre juridique interne, tout obstacle éventuel à un redressement adéquat de la situation du requérant », ce qui peut imposer, le cas échéant, une modification ou un abandon de sa législation ou de sa jurisprudence (53). Cet effet normatif des arrêts de la CEDH, au-delà même du litige ayant donné lieu à la condamnation, a été reconnu de longue date par la Cour de cassation (ex. : état civil du transsexualisme, droits successoraux de l'enfant adultérin) avant d'être solennellement consacré - et étendu (54) - par l'Assemblée plénière à l'occasion de la saga de la garde à vue : « les Etats adhérents à la Convention EDH sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle *ni d'avoir modifié leur législation* » (55).

Une telle solution semble, *a priori* du moins, ne laisser que peu de doutes sur la position à venir de la Cour de cassation : elle pourrait être amenée à se soumettre à la décision de la CEDH, c'est-à-dire à son arbitrage politique, et abandonner sa jurisprudence de 2011 et 2013, par laquelle elle s'était fermement et courageusement opposée, au nom de l'ordre public et de la fraude, à la reconnaissance des effets de ce contournement délibéré de la loi française. Si elle suivait effectivement cette pente, il lui resterait encore - ou seulement - à se prononcer sur l'étendue de cette reconnaissance : admettrait-elle une reconnaissance totale (filiation paternelle et maternelle, biologique et d'intention) comme le préconise le groupe de travail dirigé par Irène Théry, ou se contenterait-elle d'une reconnaissance partielle (limitée au parent biologique) comme le suggère la décision de la Cour ? Et voilà. Fin de l'histoire. La messe serait définitivement dite.

Eternel impénitent, nous ne pouvons pourtant nous empêcher, dans un dernier élan, de suggérer une autre issue, dont on devine qu'elle ne sera pas la plus facile à suivre : la résistance (56). Celle-ci pourrait emprunter deux voies différentes. La première, douce, conduirait la Cour de cassation à adopter la même méthode que la CEDH, mais en retenant une appréciation différente. Dans la lignée de sa jurisprudence de 2011, elle pourrait ainsi considérer, après un examen concret de la situation des enfants, que l'atteinte à leur vie privée ou à leur identité (filiation établie à l'étranger, absence de difficulté dans la vie quotidienne, etc.) n'est pas disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur. La seconde, dure, l'amènerait, comme en 2013, à refuser cette instrumentalisation des droits de l'homme en considérant que la fraude à la loi fait obstacle, non seulement à la reconnaissance des effets du processus frauduleux, mais également à l'invocation utile du droit au respect de la vie privée et de l'intérêt de l'enfant.


Un tel acte de résistance, plus ou moins frontal, pourrait se prévaloir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Confortant la position de la Cour de cassation, les juges de la rue Montpensier ont, en effet, explicitement déclaré, dans leur décision du 17 mai 2013, qu'il appartiendrait aux juridictions compétentes « de priver d'effet » les GPA réalisées à l'étranger en fraude à la loi française (57). Et que l'on ne se méprenne pas. Il ne s'agit pas d'appeler ici à une nouvelle « guerre des juges », internes contre européens, dans un domaine, celui du contrôle des lois au nom des droits de l'homme, où l'on ne peut qu'encourager le dialogue, mais seulement de rappeler à la CEDH et à ses thuriféraires (58) qu'un tel contrôle ne peut pas s'exercer *sans limite ou retenue*, sous peine de nous faire régresser, sous couvert de progrès, d'une démocratie, certes imparfaite (59), vers un régime aristocratique ou théocratique dont on pouvait légitimement espérer s'être affranchis.

#### Mots clés :











**FILIATION** \* Etablissement \* Possession d'état \* Maternité de substitution \* Contrat de gestation pour autrui \* Registre de l'état civil















**ACTE DE L'ETAT CIVIL** \* Etablissement \* Acte de naissance étranger \* Registre de l'état civil \* Transcription



(1) CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France*, et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, D. 2014. 1376 ; AJ fam. 2014. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse . Seule la première décision nous retiendra dans ce commentaire.

















(2) CEDH 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 43835/11, *S.A.S. c/ France*, D. 2014. 1451  ; AJDA 2014. 1348 .











(3) Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 2008, n° 07-20.468, D. 2009. 166, obs. V. Egéa , 340, note L. Brunet , 332, avis J.-D. Sarcelet , 773, obs. F. Granet-Lambrechts , 1557, obs. F. Jault-Seseke , et 2010. 604, obs. J.-C. Galloux  ; AJ fam. 2009. 81, obs. F. Chénéde  ; Constitutions 2010. 78, obs. P. Chevalier  ; Rev. crit. DIP 2009. 320, note P. Lagarde  ; RTD civ. 2009. 106, obs. J. Hauser  ; JCP 2009. II. 10020, et 10021, notes A. Mirkovic et L. d'Avout ; Dr. fam. 2009. Comm. 15, obs. P. Murat ; JDI 2009. 577, note S. Bollée.

(4) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, n° 09-66.486 et n° 09-17.130, D. 2011. 1522 , note D. Berthiau et L. Brunet , 1001, édito F. Rome , 1064, entretien X. Labbé , 1585, obs. F. Granet-Lambrechts , 1995, obs. A. Gouttenoire , 2012. 308, obs. J.-C. Galloux , et 1228, obs. F. Jault-Seseke  ; AJ fam. 2011. 262, obs. F. Chénéde , 265, obs. B. Haftel , et 266, interview M. Domingo  ; AJCT 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc  ; Rev. crit. DIP 2011. 722, note P. Hammje  ; RTD civ. 2011. 340, obs. J. Hauser  ; JCP 2011, n° 441, obs. Vialla et Reynier ; Gaz. Pal. 2011. 1489, avis Domingo, et 1512, note Weiss-Gout ; RLDC 2011/82, n° 4244, obs. Gallois, et 2011/83, n° 4275, obs. Mirkovic.


(5) Sur la nature politique de l'arbitrage opéré par la Cour, V. *infra*.

(6) V. surtout, Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011 (3 arrêts), préc.

(7) Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, D. 2013. 2383 , 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon , 2377, avis C. Petit , 2384, note M. Fabre-Magnan , 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot , 954, obs. A. Dionisi-Peyrusse , 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon , 1171, obs. F. Granet-Lambrechts , et 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano  ; AJ fam. 2013. 579 , 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse , et 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne  ; AJCT 2013. 517 , obs. R. Mésa  ; Rev. crit. DIP 2013. 909, note P. Hammje  ; RTD civ. 2013. 816, obs. J. Hauser  ; Gaz. Pal. 2013. 3040, obs. Deharo ; Dr. fam. 2013, n° 151, obs. Neirinck ; RLDC 2013/109, n° 5276, obs. Brunetti-Pons.

(8) CE 4 mai 2011, n° 348778 , D. 2011. 1347 , 1995, obs. A. Gouttenoire , 2012. 308, obs. J.-C. Galloux , 390, obs. F. Jault-Seseke , et 1432, obs. F. Granet-Lambrechts  ; AJDA 2011. 928  ; AJ fam. 2011. 328, obs. F. Miloudi  ; AJCT 2011. 414, obs. C. Siffrein-Blanc  ; RTD civ. 2011. 530, obs. J. Hauser .

(9) Circ. 25 janv. 2013, n° JUSC1301528C.

(10) Pour une autre étude de droit comparé, V. F. Granet-Lambrechts, Etat civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, AJ fam. 2014. 300 .

(11) Sur le lien direct entre la prohibition légale de la GPA et la solution prétorienne de la Cour de cassation, V. les obs. formulées par le gouvernement français (§ 72).







(12) V. not. les discussions qui ont conduit au retrait de l'amendement n° 2147, déposé par le groupe écologiste, qui proposait la transcription des actes d'état civil des enfants nés de GPA à l'étranger, et l'opposition très claire du rapporteur du texte et de la garde des Sceaux (3<sup>e</sup> séance du 2 févr. 2013).

(13) Les époux Mennesson soutenaient que les autorités françaises ne pouvaient se prévaloir d'un but légitime, puisque c'était le ministère public qui avait sollicité la transcription des actes d'état civil américains avant d'en demander l'annulation... occultant que la première démarche n'était qu'une étape vers la seconde.






(14) Expression que l'on se permettra de juger inappropriée pour décrire un arbitrage politique, au sens premier et noble du terme, mûrement réfléchi par les élus du peuple français, mais qui a le mérite de révéler l'état d'esprit de la Cour : les décisions démocratiquement adoptées par les autorités nationales sont réduites à un simple point de vue que les juges européens n'hésitent pas à écarter au profit de leur propre « perception de la problématique ».






(15) La référence aux exigences d'une société « démocratique » laisse même songeur lorsque l'on sait que c'est à ce stade de son contrôle que la Cour se permet de fouler au pied le choix opéré par les élus du peuple.


(16) Il est peu fréquent, en effet, en présence d'une requête qui passe le stade de la recevabilité, que le demandeur ne parvienne pas à établir une ingérence, même minimale, et que l'Etat soit dans l'incapacité d'invoquer une considération, même modeste, pour la justifier.

(17) V. par ex., CEDH 19 févr. 2013, n° 19010/07, *Autriche*, D. 2013. 502, obs. I. Gallmeister , et 1436, obs. F. Granet-Lambrechts  ; AJDA 2013. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen  ; AJ fam. 2013. 227, obs. F. Chénéde  ; RTD civ. 2013. 329, obs. J.-P. Marguénaud , et 363, obs. J. Hauser .

(18) Disons-le plus clairement : ce n'est pas sa nature supranationale (contre une décision de l'Etat français), mais son caractère antidémocratique (contre une position des élus du peuple) qui rend cet arrêt à nos yeux inacceptable.

(19) CEDH 3 nov. 2011, n° 57813/00, *S.H. c/ Autriche*, D. 2011. 2870 , et 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon  ; AJDA 2012. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen  ; AJ fam. 2011. 608, obs. A. Mirkovic  ; RTD civ. 2012. 283, obs. J.-P. Marguénaud .


(20) On retrouve ce raisonnement dans le fameux arrêt *Evans c/ Royaume-Uni* (CEDH 10 avr. 2007, n° 6339/05, § 77, D. 2007. 1202, obs. C. Delaporte-Carré , et 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux  ; RDSS 2007. 810, note D. Roman  ; RTD civ. 2007. 295, obs. J.-P. Marguénaud , et 545, obs. J. Hauser  ; cité, avec d'autres, dans l'arrêt *S.H. c/ Autriche*, préc., § 94).


(21) Si la Cour avait remisé son habit de censeur politique, elle avait tout de même revêtu son costume d'aiguilleur moral en encourageant l'Etat autrichien à remettre l'ouvrage sur le métier  (117-118). Qui se permet le plus se permet le moins...

(22) On devine que le rappel formel du « principe de subsidiarité » de la Conv. EDH et de la « marge d'appréciation » des Etats à l'art. 1<sup>er</sup> de la Convention par le Protocole n° 15 n'y changera rien...

(23) Nationalité et vocation successorale que la Cour présente également comme des éléments de l'identité.

(24) On pourrait seulement contester, comme le gouvernement français a d'ailleurs tenté de le faire, la gravité de l'atteinte à l'identité et à la vie privée des enfants en mettant en avant les mécanismes juridiques permettant de pallier certaines difficultés tant dans le domaine de l'*être* (tutelle, délégation d'autorité parentale, attribution facilitée d'un certificat de nationalité, etc.) que de l'*avoir* (donations, testaments, assurance vie, etc.).

(25) Détours que certains voudraient faire passer pour de « rudes réalités méthodologiques » dont la maîtrise serait réservée à quelques initiés... (V. la diatribe de J.-P. Marguénaud, RTD civ. 2014. 307 , et la réponse à paraître).


(26) Quelques très rares auteurs croient encore pouvoir clore ou éviter le débat sur le principe et les limites du contrôle européen en rappelant que l'Etat français a signé et donc souverainement accepté la Convention et ses protocoles additionnels (V. par ex., J.-P. Marguénaud, RTD civ. 2011. 725 ). Peuvent-ils concevoir que nos représentants, en adhérant au principe du contrôle européen, n'ont pas accepté par avance tous les excès de la Cour ? « *Mais alors, répond-on parfois, en bout de course (c'est le point Godwin), avec des trémolos dans la voix, allez donc jusqu'au bout de votre pensée, et appelez la France à dénoncer la Convention, en cautionnant toutes les atrocités que la Cour condamne journellement !* » Non, mais, plus modestement, qu'il nous soit permis de rappeler la nature d'un tel contrôle afin de tenter d'en dessiner les nécessaires ou possibles limites.






(27) H. Kelsen, La garantie juridictionnelle de la Constitution, RD publ. 1928. 197 s., spéc. 241-242.







(28) Une possibilité, et non une fatalité, dès lors les juges gardent à l'esprit les nécessaires limites de leur pouvoir (en ce sens, reprochant précisément à la CEDH son manque de retenue, V. R. Badinter, *in* Gouvernement des juges et démocratie, dir. S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling, Publications de la Sorbonne, 2001, spéc. 291-293).

(29) Sur cette distinction et sa justification, nous nous permettons de renvoyer à une autre étude : Le droit à l'épreuve des droits de l'homme, *in* Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois, Defrénois, 2013, p. 139 s., spéc. n° 17-23.





















(30) Sur ce point, V. F. Chénéde et P. Deumier, L'oeuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille, Nouv. Cah. Cons. const. 2013, n° 39, p. 7 s.

(31) J.-F. de Montgolfier, La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel, AJ fam. 2012. 578, spéc. 579-580 .















(32) Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, D. 2012. 308, obs. H. Gaumont-Prat , 1033, obs. M. Douchy-Oudot , et 1432, obs. F. Granet-Lambrechts  ; AJ fam. 2011. 549, obs. F. <sup>11</sup> Chénéde  ; Constitutions 2012. 138, obs. X. Bioy  ; RTD civ. 2011. 743, obs. J. Hauser .

(33) Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, D. 2013. 1235, obs. D. Roman , et 1436, obs. F. Granet-Lambrechts  ; AJDA 2012. 1036  ; AJ fam. 2012. 406, obs. F. Chénéde  ; RDSS 2012. 750, note D. Roman  ; RTD civ. 2012. 520, obs. J. Hauser .


(34) J.-F. de Montgolfier, *op. loc. cit.*

(35) Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, D. 2011. 297, édito F. Rome , 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau , 1713, obs. V. Bernaud , et 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot  ; AJ fam. 2011. 157, obs. F. Chénéde  ; RTD civ. 2011. 326, obs. J. Hauser  ; 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, D. 2010. 2293, obs. I. Gallmeister , 2744, note F. Chénéde , 2011. 529, chron. N. Maziau , 1585, obs. F. Granet-Lambrechts , 1713, obs. V. Bernaud , et 2298, obs. B. Mallet-Bricout  ; AJDA 2011. 705, tribune E. Sagalovitsch  ; AJDI 2014. 124, étude S. Gilbert  ; AJ fam. 2010. 487, obs. F. Chénéde , et 489, obs. C. Mécarly  ; Constitutions 2011. 75, obs. P. Chevalier , et 361, obs. A. Cappello  ; RTD civ. 2010. 776, obs. J. Hauser , et 2011. 90, obs. P. Deumier .


(36) Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC.

(37) Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, D. 2013. 1643, chron. F. Dieu , 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot , 954, obs. D. Autem , 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon , 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau , et 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano  ; AJ fam. 2013. 332, étude F. Chénéde  ; RFDA 2013. 923, étude P. Delvolvé , et 936, étude G. Drago  ; RDSS 2013. 908, note L. Brunet  ; RTD civ. 2013. 579, obs. J. Hauser . Pour une appréciation différente de cette décision et de la fonction du Conseil constitutionnel : A.-M. Le Pourhiet, Le mariage de Mamère et la « Constitution de mon père », Constitutions 2013. 166  et 381  ; F. Chénéde, Un autre regard sur la décision du Conseil constitutionnel relative au « mariage pour tous », Constitutions 2013. 555 .

(38) V. *supra* n° 6.

(39) A. Roblot-Troizier, La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, RFDA 2013. 945 , à propos de la décision sur l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

(40) Basculement que l'on peut souhaiter, mais qu'il convient alors d'assumer ouvertement, comme le font quelques rares auteurs (V. P. Pasquino, Voter et juger : la démocratie et les droits, *in* L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Economica, 2006, p. 775 s., spéc. p. 784, selon lequel « le mécanisme du vote démocratique ne doit pas être utilisé comme un moyen de résoudre des conflits susceptibles de s'élever au sein d'une communauté dans toute une série de cas parce qu'il mettrait en péril la coexistence au sein d'un groupe »).

(41) On se sent ici contraint de répondre à un argument avancé - « petite chose » selon les mots de son auteur - pour contester ce défaut de légitimité : la légitimité des juges européens serait au moins aussi forte que celle des sénateurs français, puisque les premiers sont « élus » par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, composée de parlementaires des pays membres, alors que les sénateurs sont élus par des grands électeurs dont certains - les délégués supplémentaires pour les villes de plus de 30 000 habitants - n'ont pas été investis par le suffrage universel (J.-P. Marguénaud, RTD civ. 2011. 725 ). Mais faut-il rappeler, d'abord, que les juges européens, pour avoir été élus, ne l'ont pas été pour mettre en oeuvre un programme, un idéal, auquel les citoyens auraient préalablement et directement adhéré par leur suffrage ? Faut-il

rappeler, ensuite, que le Sénat, précisément en raison de sa moindre représentativité, n'a pas le dernier mot lorsqu'il s'agit d'exprimer la volonté du peuple français ? La comparaison de la légitimité des juges européens et des députés aurait été plus intéressante...

(42) Sur ce constat, V. l'étude de sociologie « participative » de D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, coll. NRF Essais, 2010, spéc. p. 175-184.

(43) Certains y voient même l'explication principale, dans le champ juridique, de ce phénomène de fondamentalisation : V. Y. Lequette, *Des juges littéralement irresponsables...*, in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2009, p. 309 s., n° 16 : « Le phénomène [de fondamentalisation] a des causes multiples et complexes. A considérer le problème du seul point de vue des juristes, l'explication est probablement assez simple. Les auteurs petits et grands qui se sont fait une spécialité de ce culte tirent de celui-ci les moyens ainsi que le sentiment de leur existence ».

(44) La controverse constitutionnelle sur le « mariage pour tous » en a été une parfaite illustration, d'un côté (partisans) comme de l'autre (opposants). Sur ce point, V. F. Chénéde, *Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme*, LPA 2013, n° 37, p. 6 s. ; La place du juge et le rôle du juriste dans le débat sur le « mariage pour tous », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, ss la dir. d'Y. Lequette et D. Mazeaud, éd. Panthéon-Assas, Colloques, 2014, p. 27 s.

(45) Le seul point de discussion semble avoir été celui de l'étendue de cette reconnaissance : 1° transcription limitée à la filiation conforme à la vérité biologique ; 2° transcription réservée aux hypothèses de GPA dites « éthiques » ; 3° transcription totale et inconditionnelle assortie de sanctions pénales pour les parents. C'est cette troisième branche de l'alternative qui a été privilégiée.

(46) On passera là encore sur cette présentation étonnante de la solution française, qui est néanmoins révélatrice d'un certain état d'esprit, en tout point comparable à celui de la CEDH : la loi, arbitrage opéré par les élus du peuple entre des intérêts légitimes et divergents, est ravalée au rang de simple dogme au culte duquel quelques autocrates - en réalité démocrates - sacrifieraient les intérêts individuels.

(47) Non représentative de l'opinion des juristes qui se sont prononcés sur cette question, une telle unanimité n'est pas davantage représentative de l'opinion citoyenne (savante ou non). La pétition lancée au lendemain des arrêts rendus par la CEDH le montre sans doute suffisamment (*Libération*, 13 juill. 2014).

(48) L'essai de M<sup>me</sup> M. Fabre-Magnan, seul auteur cité *contra*, est évoqué dans une seule et unique note de bas de page, sans que ce renvoi puisse d'ailleurs éclairer le lecteur sur l'opinion défendue dans cet ouvrage (note 243, p. 188).

(49) L'ambition, non seulement scientifique, mais également militante, le caractère, non pas neutre, mais partisan de cette étude (ce qui n'est pas un défaut, du moins à nos yeux) apparaissent immédiatement à la lecture de la liste des personnes auditionnées par le groupe de travail, ainsi qu'à la consultation de la présentation du rapport à l'EHESS le 9 avril dernier ([http://www.canal-u.tv/video/ehess/1\\_filiation\\_origines\\_parentalite\\_un\\_besoin\\_de\\_reformes.14575](http://www.canal-u.tv/video/ehess/1_filiation_origines_parentalite_un_besoin_de_reformes.14575), avec notamment, sur le sort des enfants issus de GPA à l'étranger, la présentation de M. Julien Courduriès).

(50) Sur cette opinion, citoyenne et non juridique, V. note préc. ss Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013.

(51) Si nos représentants devaient toutefois entériner cette solution (reconnaissance de la filiation des enfants), nous le regretterions, en qualité de citoyen, au nom des valeurs sociales qui nous conduisent à rejeter cette nouvelle percée néo-libérale (économique et morale), mais il ne nous viendrait pas à l'esprit, démocratie oblige, d'appeler les juges à écarter ce nouvel arbitrage des élus du peuple au nom des « droits de l'homme » (dignité de la personne humaine, intérêt de l'enfant...).

(52) C. Mérary, GPA : dans un Etat de droit, appliquer le droit, *Libération*, 17 juill. 2014.

(53) V. tout particulièrement, CEDH, gde ch., 17 févr. 2004, n° 39748/98, *Maestri c/ Italie*, § 47, AJDA 2004. 1809, chron. J.-F. Flauss 📖.

(54) A toutes les décisions de la CEDH, et pas seulement à celles qui auraient condamné l'Etat français.

(55) Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313 et n° 10-30.316, D. 2011. 1080 📖, 1128, entretien G. Roujou de Boubée 📖, 1713, obs. V. Bernaud 📖, et 2012. 390, obs. K. Parrot 📖 ; AJ pénal 2011. 311, obs. C. Mauro 📖 ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade 📖 ; RSC 2011. 410, obs. A. Giudicelli 📖 ; RTD civ. 2011. 725, obs. J.-P. Marguénaud 📖.

(56) Une telle résistance n'imposerait d'ailleurs pas nécessairement un renoncement à sa jurisprudence « garde à vue », mais peut-être seulement son cantonnement au domaine naturel du contrôle judiciaire des lois au nom des droits de l'homme : la protection des libertés privées (droits de la défense pénale en 2011) et non la reconnaissance des revendications individuelles (droit à l'enfant ou droit à l'établissement d'un lien de filiation dans notre affaire).

(57) Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., consid. 58. A défaut de se voir reconnaître l'autorité de chose interprétée, une telle affirmation, prononcée au soutien de la constitutionnalité de l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe, pourrait au moins se prévaloir de l'autorité « persuasive » ou « morale » si parfaitement décrite et défendue par l'av. gén. R. de Gouttes à l'occasion de l'arrêt *Breisacher* (Conclusions sur l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001, RFDC 2002. 51 s., spéc. 71-72).

(58) Qui auront peut-être compris que nous n'en sommes pas l'adversaire.

(59) Défendre la démocratie représentative n'est pas méconnaître ses vices. On avouera seulement préférer la voie de la correction démocratique (non-cumul des mandats, moralisation de la vie politique, mécanismes de démocratie directe, semi-directe, etc.) à celle de la régression aristocratique ou théocratique.