



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MÉMOIRES

**Master de Droit privé parcours contentieux international
privé
Dirigé par Monsieur le Professeur Louis d'AVOUT
2024**

***La circulation de la filiation
du citoyen européen***

Clara BELZ

Sous la direction de Madame le Professeur Sabine CORNELOUP



Master droit privé parcours contentieux international privé
Dirigé par Monsieur le Professeur Louis d'AVOUT
2024

***La circulation de la filiation
du citoyen européen***

Clara BELZ

Sous la direction de Madame le Professeur Sabine CORNELOUP

Remerciements

Je remercie ma famille et mes amis qui m'ont toujours soutenue dans mes études universitaires.

Je souhaite également remercier Madame le Professeur Corneloup d'avoir accepté de diriger ce mémoire, ainsi que pour ses précieux conseils.

Sommaire

Introduction

Partie I. Les divergences dans le droit substantiel de la filiation des États membres, l'obstacle à la circulation de la filiation du citoyen européen

Chapitre 1. Étude de droit comparé des divergences dans le droit substantiel de la filiation des États membres

Chapitre 2. Les obstacles à la circulation de la filiation du citoyen européen

Partie II. Les libertés de circulation au service de la circulation de la filiation du citoyen européen

Chapitre 1. Les prémices d'un droit à la circulation du lien de filiation au sein de l'Union européenne

Chapitre 2. Une perspective de libéralisation maximale du droit européen de la filiation

Conclusion

Bibliographie

Principales abréviations utilisées

AJ Fam. – Actualité juridique famille
Ass. Plén – Assemblée plénière
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch
Cass. Civ. 1re – Première chambre civile de la Cour de cassation
C. – Contre
CEDH – Cour européenne des droits de l’homme
CJCE – Cour de justice des Communautés européennes
CJUE – Cour de justice de l’Union européenne
éd. – Édition
ex. – Exemple
EGBGB – Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch
GPA – Gestation pour autrui
Ibid. – Ibidem (au même endroit)
Infra – Ci-dessous
JDI – Journal du droit international
KRO – Kodeks rodzinny i opiekuńczy
not. – Notamment
op. cit. – opus citato (dans l’ouvrage cité)
p. – Page
pp – Pages
Rev. crit. DIP – Revue critique de droit international privé
s. – suivants
Supra – Ci-dessus
PMA – Procréation médicalement assistée
TFUE – Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne.
TUE – Traité sur l’Union européenne
TGI – Tribunal de grande instance
V. – Voir.

Introduction

1. Le 16 septembre 2020, Ursula von der Leyen, présidente de la Commission Européenne, a indiqué dans son discours sur l'état de l'Union, « Je plaiderai en faveur de la reconnaissance mutuelle des relations familiales dans l'Union européenne : si vous êtes parent dans un pays, vous êtes parent dans tous les pays¹ ».

Cette citation témoigne de l'ingérence de plus en plus poussée de l'Union européenne dans le domaine du droit la famille. Principalement intervenue dans le domaine patrimonial², cette ingérence de l'Union européenne se retrouve également sur le terrain extra patrimonial³.

Aussi, cette citation témoigne une volonté de créer un statut européen de la famille indépendant du droit des États membres. Ce statut se traduirait par une super parentalité qui pourrait déployer ses effets sur l'ensemble du territoire communautaire, ainsi qu'une reconnaissance *de plano* du lien de filiation qui en découle.

Mais de façon sous-jacente, cet objectif tend surtout à protéger les parentalités qui se détachent du modèle familial traditionnel, notamment l'homoparentalité, dont la reconnaissance n'est pas à l'ordre du jour dans les pays européens les plus conservateurs.

2. La filiation établie entre un enfant et ses parents peut être définie comme un lien biologique, affectif, mais aussi juridique⁴. Ce lien de filiation va inscrire l'enfant dans une sphère familiale tout en lui créant un statut juridique. Ce statut juridique « d'enfant » va produire des effets importants. En matière extrapatrimoniale le lien de filiation de l'enfant va régir son nom ou encore l'autorité parentale de ses parents. En matière patrimoniale ce même lien de filiation va avoir des conséquences sur ses droits successoraux, ses droits alimentaires, les allocations familiales en droit social, ainsi que le quotient familial en droit fiscal.

¹ Discours sur l'état de l'Union de la présidente de la Commission, Mme Von der Leyen, en session plénière du Parlement européen, 16 septembre 2020.

² Règlement (UE) n°21249/2010 du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (Rome III) ; Règlement (UE) du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen ; Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

³ Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants. (refonte)

⁴ V. Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, et Michel FARGE, *Droit de la famille, droit interne, européen et international*, Edition Sirey, 8^{ème} édition, pp. 395 à 515.

Un lien de filiation peut résulter d'un lien biologique fondé directement sur la procréation charnelle ou la procréation médicalement assistée. Toutefois, il peut également résulter d'un lien non biologique fondé par exemple avec l'adoption. Dans le cadre de cette réflexion il s'agira de s'intéresser uniquement au lien de filiation par procréation, excluant ainsi la question de l'adoption.

3. Le droit de la famille et plus particulièrement le droit de la filiation est un droit empreint de considérations politiques, sociales ou encore religieuses. Il « est l'expression de l'image de soi d'un État tant sur le plan politique que sur le plan social (...), une expression de l'identité nationale inhérente aux structures politiques et constitutionnelles⁵ ». Puisqu'il a vocation à définir les membres de la famille⁶, il va également déterminer quels sont les modèles familiaux reconnus sur le territoire. De plus, l'accès à la nationalité s'ouvrant par la transmission de la nationalité du parent à son enfant grâce à ce lien de filiation, les États souhaitent avoir la mainmise sur ce droit pour garder entière liberté de déterminer qui sont leurs nationaux.
4. Au cours du demi-siècle dernier, le droit de la famille n'a cessé d'évoluer concomitamment aux mœurs de la société. Le modèle familial traditionnel fondé sur le mariage entre un homme et une femme laisse place à d'autres schémas familiaux sous l'influence des libertés individuelles. Le Doyen Carbonnier écrivait à cet égard « A chacun sa famille, à chacun son droit⁷ ». C'est l'avènement du pluralisme en droit de la famille. Cette « pluralité des modèles familiaux⁸ » trouve son illustration la plus représentative dans la diversité des formes de conjugalités telles que le concubinage ou les couples de même sexe. En droit de la filiation, ce pluralisme s'explique en partie par l'évolution des progrès scientifiques. En effet, les techniques de procréation médicalement assistée obligent le législateur « à repenser la conception du lien filial⁹ ».

Le terme « procréation médicalement assistée » inclut toutes les techniques médicales utilisées pour aider un couple à concevoir un enfant par procréation¹⁰. La gestation pour autrui, le fait pour une femme de porter l'enfant pour le compte d'un couple ou d'une personne seule¹¹,

⁵ Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT, présentées le 15 avril 2021 dans l'affaire CJUE, *Stolichna obshtina, rayon « Pancherevo »*, 14 décembre 2021, C-490/20, point 77, in L. d'AVOUT et R. LEGENDRE, « Mobilité européenne et filiation : état civil à la carte ? », *Recueil Dalloz*, 2022, p.331. L'avocat général parle ici du droit de la famille.

⁶ Au sens juridique du terme.

⁷ J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, 2^{ème} édition, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p.185-186. A propos des lois dites « Carbonnier » de 1972 en droit de la filiation et 1975 sur le divorce.

⁸ *Ibid*, p.193

⁹ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2017, p. 590.

¹⁰ Par ex. les inséminations artificielles (avec ou sans tiers donneur), les méthodes de fécondation in vitro ou en dehors du corps humain, la conservation par congélations des embryons obtenus. V. P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, M. FARGE, *Droit de la famille : droit interne, européen et international*, Sirey, 8^{ème} édition, 2021.

¹¹ V. *infra*, n°29.

est une technique de procréation médicalement assistée. Toutefois, la singularité de la gestation pour autrui conduira à la distinguer du terme « procréation médicalement assistée » au cours de cette réflexion.

Initialement destinées à remédier à la stérilité des couples hétérosexuels, les techniques de procréations médicalement assistées sont désormais ouvertes aux couples homosexuels¹² dans certains États. Cette libéralisation des conditions d'accès aux procréations médicalement assistées permet ainsi à deux femmes ou deux hommes de devenir parent par procréation.

5. Au sein de l'Union européenne, chaque État est libre de définir les modèles familiaux acceptés au sein de son ordre juridique interne. En effet, les États membres disposent d'une compétence exclusive en droit de la filiation¹³. Malgré cette autonomie, le droit de l'Union européenne n'est pas sans influence sur l'ordonnement international du droit de la filiation. En effet, pour comprendre l'état actuel du droit de la filiation il faut tenir compte du statut du citoyen européen. Ce même statut qui « a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres¹⁴ », est subordonné à la possession de la nationalité d'un État membre et s'ajoute à la citoyenneté nationale¹⁵. On constate une autonomie du statut du citoyen, d'une part, par le biais de tous les droits qui lui sont accordés, et, d'autre part, par l'application du principe de non-discrimination entre citoyens européens¹⁶. Ces droits qui lui sont accordés sont des droits civiques et politiques prévus par les traités, comme le dispose l'article 20.2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Ce statut autonome octroi au citoyen « le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres¹⁷ », « sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application »¹⁸.

Le terme circuler peut être défini comme « la faculté de se déplacer, plus ou moins librement, d'un lieu, d'un pays à un autre, parfois dans un espace déterminé¹⁹ ». En droit européen cette liberté de circulation se limite au territoire de l'espace Schengen.

La directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres étend aux membres de la famille du citoyen de l'Union le droit de circuler librement au sein de l'espace

¹² V. Loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

¹³ V. *infra*, n°11.

¹⁴ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99

¹⁵ Article 20§1 TFUE : « La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. »

¹⁶ C. BLUMANN, L. DUBOIS, N. RUBIO, *Droit matériel de l'Union Européenne*, LGDJ, 9^{ème} édition, 2024.

¹⁷ Article 20. 2. a) TFUE.

¹⁸ Article 21 TFUE.

¹⁹ Vocabulaire juridique Cornu, PUF, 15^{ème} édition, 2024, p. 175.

Schengen²⁰. C'est pourquoi ces libertés de circulation deviennent aussi bien un instrument, qu'un facteur de mobilité accrue des familles européennes au sein du marché unique européen. Cependant, ces libertés garanties articulées aux divergences en droit substantiel de la famille des États membres vont engendrer des difficultés sur le terrain de la circulation du statut personnel du citoyen européen. En effet, le citoyen européen qui exerce sa liberté de circulation peut se voir opposer la conception du droit de la famille adoptée par l'État d'accueil au stade de la reconnaissance de son statut personnel légalement créé sous l'empire de l'État d'origine. Son lien de filiation n'y échappe pas.

6. Ces divergences en droit de la filiation deviennent des obstacles à la mobilité et aux relations familiales transfrontalières. Avec ce constat, il devient nécessaire d'harmoniser le droit international privé de la filiation à l'échelle européenne afin qu'une famille européenne mobile « ne pâtisse pas de son internationalité²¹ ». Mais cette quête menée par l'Union vers « la reconnaissance mutuelle des relations familiales dans l'Union européenne » n'est-elle pas utopique ? La présente réflexion conduira à s'interroger si en l'état actuel du droit positif il est possible de parvenir sur le territoire européen à la garantie d'un droit à la circulation de la filiation du citoyen européen en tant qu'élément de son statut personnel. Les divergences dans le droit substantiel de la filiation des États membres étant l'obstacle majeur à la circulation de la filiation du citoyen européen, il conviendra dans un premier temps de les étudier (**Partie I.**). Puis dans un second temps, il s'agira de regarder si les libertés de circulation garanties par l'Union européenne apparaissent comme une solution pour parvenir à la circulation du lien de filiation du citoyen européen (**Partie II.**).

²⁰ La directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

²¹ S. FULLI-LEMAIRE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2022, p. 121.

PARTIE I. Les divergences dans le droit substantiel de la filiation des États membres, l'obstacle à la circulation de la filiation du citoyen européen

7. Le droit de la famille est une matière marquée par les considérations politiques nationales. Les tendances libérales ou conservatrices de chaque État se retrouvent sur le terrain du droit de la filiation, faisant naître des divergences entre chacun en droit de la filiation. Ainsi, il conviendra de s'intéresser par une étude de droit comparé, aux divergences dans le droit de la filiation des États membres (**chapitre 1**), afin d'en exposer les conséquences : les obstacles à la circulation de la filiation du citoyen européen (**chapitre 2**).

Chapitre 1. Étude de droit comparé des divergences dans le droit de la filiation des États membres

8. Avant d'étudier les effets matériels de ces divergences dans le droit de la filiation des États membres (**section 2**), il est nécessaire de connaître les justifications de cette diversité de législation en la matière (**section 1**).

Section 1. Les justifications de ces divergences

9. Ces divergences en droit de la filiation s'expliquent par l'autonomie relative laissée aux États membres en droit de la filiation (§1). Cette autonomie conduit chaque État à prévaloir une ou plusieurs conceptions du lien de filiation (§2).

§1. L'autonomie relative des États membres

10. Les États membres, en droit de la filiation, sont soumis à la fois aux exigences communautaires (A) et aux exigences internationales des conventions auxquelles ils sont parties (B). Ces exigences qu'ils sont tenus de respecter dans leur ordre juridique interne permettent ainsi de relativiser l'autonomie qu'il leur est laissée en droit de la filiation.

A. En droit communautaire

11. L'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière. Par dérogation à la procédure législative ordinaire « les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale ²² ». Ainsi, pour qu'un texte en matière de droit de la famille soit applicable sur l'ensemble du territoire européen, il doit être adopté à l'unanimité par le Conseil de l'union européenne, après consultation du Parlement européen. A défaut, la procédure de coopération renforcée²³ permet à neuf États membres, au minimum, d'adopter un texte en droit de la famille. Le droit de la famille fait donc l'objet d'un traitement particulier au sein de la matière civile européenne, ce qui démontre bien l'importance politique de cette matière pour chaque État. A ce jour, aucun texte en droit de la filiation, par procédure législative ordinaire ou spéciale, n'a été adopté. Toutefois, un projet de règlement en matière de filiation a été publié par la Commission européenne le 7 décembre 2022²⁴. Dès lors, en l'absence de texte de droit dérivé, les États membres disposent d'une compétence exclusive en matière de droit de la filiation, et le droit de l'Union ne porte pas atteinte à cette compétence²⁵.

12. Toutefois, l'Union européenne ne laisse pas à l'abandon le droit de la filiation pour autant. Un seuil minimal de valeurs communes est imposé aux États membres au moyen du droit primaire. Au stade de la présente réflexion, il sera étudié les dispositions européennes de droit primaire protectrices des intérêts de l'enfant. L'impact du droit dérivé, incluant les libertés de circulation, sera quant à elle étudié ultérieurement²⁶.

Tout d'abord, l'article 3.3 du Traité sur l'Union européenne dispose qu'au sein du marché intérieur « Elle [l'Union] (...) promeut (...) la protection des droits de l'enfant. ». L'article poursuit à son paragraphe 5, que « dans ses relations avec le reste du monde (...) l'Union (...) contribue (...) à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant ». Cet article, qui ne concerne pas spécifiquement le droit de la filiation, montre la volonté de l'Union d'œuvrer pour la protection des droits de l'enfant, à la fois dans ses normes internes de droit dérivé, mais également dans ses relations avec les États tiers.

Cette protection se retrouve également dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁷. On retrouve à son article 7 le « droit au respect de sa vie privée et familiale », dont

²² Article 81§3 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²³ Article 20 du Traité sur l'Union européenne ; Article 328 du TFUE.

²⁴ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation ; V. *infra*, Partie II, Chapitre 2.

²⁵ La CJUE le rappelle au point 52 de l'arrêt *Pancharevo*. V. CJUE 14 décembre 2021, C-490/20.

²⁶ V. *infra*, Partie II.

²⁷ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a valeur de droit primaire de l'Union depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009

le contenu est à rapprocher de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁸. L'article 8, quant à lui, proclame « le droit de fonder une famille » qui est garanti par les lois nationales qui en régissent l'exercice. Cette disposition fait écho à la compétence exclusive des États membres en droit de la filiation. Ce « droit de fonder une famille » a donc une portée limitée. Enfin, l'article 24 de la Charte dispose en son alinéa deuxième que « dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Cet article est largement inspiré de l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989²⁹. L'article poursuit en son alinéa troisième, que « tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ». Nous retrouvons également ici, une transcription partielle des articles 9 et 10 de la Convention internationale des droits de l'enfant³⁰.

13. Malgré la compétence gardée par les États membres en droit de la filiation, on observe qu'en droit communautaire un principe convergent à tous les États doit primer dans toutes les décisions relatives aux enfants (incluant ainsi la filiation de ces derniers), législatives, judiciaires ou administratives soient-elles : son intérêt supérieur.

Au sein de l'ordre juridique international, il y a une réelle difficulté à adopter une définition uniforme de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juridictions internes, internationales ou encore par la doctrine. De façon classique, on oppose l'intérêt de l'enfant *in abstracto* où son intérêt est protégé *a priori* dans l'élaboration des règles de droit et l'intérêt de l'enfant *in concreto*, où son intérêt est protégé par l'autorité compétente qui connaît du litige³¹. La présente réflexion mettra en lumière la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant *in concreto* par les juridictions nationales et supranationales

Les sources de droit communautaire étant présentées, il convient à présent d'étudier les sources internationales.

B. En droit international

14. Pour comprendre l'impact du droit international sur le droit de la filiation des États membres il conviendra d'exposer les sources (1.), puis d'étudier leur méthodologie (2.).

²⁸ V. *infra*, B.

²⁹ V. *infra*, B.

³⁰ V. *infra*, B.

³¹ L. GANNAGÉ, Cours du master 2 Droit international privé et du commerce international de l'Université Panthéon Assas, Séminaire de droit international de la famille, 2023.

1. Les sources

15. Les États membres dans leurs législations internes doivent respecter les conventions internationales auxquels ils sont parties. Le Conseil de l'Europe, soucieux de prendre en compte l'évolution du droit de la filiation et des modèles familiaux, a élaboré deux conventions notables en droit de la filiation. Dans un premier temps a été adoptée la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage³², dont l'objectif est « d'améliorer le statut juridique des enfants nés hors mariage en réduisant les différences entre le statut juridique de ces enfants et celui des enfants nés dans le mariage³³ ». En effet, le modèle familial traditionnel fondé sur le mariage, sacralisé en Europe pendant plusieurs siècles, a fondé des discriminations sociales et juridiques à l'égard des enfants dit « naturels »³⁴. Afin de faciliter l'établissement des liens de filiation de ces enfants « naturels » à l'égard de leurs parents biologiques, l'article 2 de la convention garanti l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant né hors mariage « du seul fait de la naissance » de l'enfant. La filiation paternelle quant à elle, « peut être constatée ou établie par reconnaissance volontaire ou par décision juridictionnelle³⁵ ».

Puis, face à l'influence des progrès scientifiques et des techniques de procréation médicale assistée, le Conseil de l'Europe a élaboré la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine³⁶. Par ce texte, le Conseil de l'Europe a souhaité harmoniser les diverses législations régissant les nouvelles techniques de procréation afin de prévenir les possibles dérives qu'elles pouvaient créer sur l'éthique du droit de la filiation. La convention consacre le respect de la dignité humaine³⁷, le principe de non-discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique³⁸, le consentement à une intervention médicale³⁹, ou encore la non-sélection du sexe dans le cadre de l'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation⁴⁰.

16. En parallèle de ces conventions ayant un objet spécifique, le droit de la filiation n'échappe pas à l'influence des droits fondamentaux, et au phénomène de fondamentalisation du droit de la

³² La Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage du 15 octobre 1975, dont actuellement 26 États sont parties. La France quant à elle ne l'a pas ratifié.

³³ Préambule de la convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage.

³⁴ V. J-J, LEMOULAND, Famille, *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2015, pp. 38-86, pour un historique de l'évolution du droit de la famille en France.

³⁵ Article 3 de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage.

³⁶ La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine signée à Oviedo le 4 avril 1997. La convention est publiée en France par décret n°2012-855 du 5 juillet 2012.

³⁷ Article 1^{er} de la convention.

³⁸ Article 11 de la convention.

³⁹ Chapitre II de la convention

⁴⁰ Article 14 de la convention.

famille⁴¹. Les textes créateurs de droit fondamentaux en droit de la filiation sont la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴².

La Convention de New York relative aux droits de l'enfant⁴³ adoptée par l'Organisation des Nations Unis est ratifiée par 197 États, ce qui témoigne d'un consensus considérable entre les États en la matière. Tous les États membres de l'Union européenne sont parties à la Convention de New York. Il est alors nécessaire d'intégrer les principes essentiels de la convention au sein des principes généraux du droit de l'Union européenne.

« La disposition matrice⁴⁴ » de la convention est l'article 3.1. Ce dernier dispose que « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants (...), l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Cette disposition qui consacre l'intérêt supérieur de l'enfant est directement invocable par les justiciables devant les juridictions françaises, administratives ou judiciaires⁴⁵.

La disposition de la Convention internationale des droits de l'enfant d'une importance considérable en droit de la filiation est l'article 7. Ce dernier consacre d'une part, le droit à un nom, le droit de connaître une nationalité, ainsi que le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux, et d'autre part, une obligation positive pour les États parties d'enregistrer aussitôt à sa naissance l'enfant sur les registres publics. Enfin, l'article 16 protège le droit de l'enfant à une vie de famille. Le Comité des droits de l'enfant souligne à cet égard que « le terme « famille » doit s'interpréter au sens large en englobant les parents biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers⁴⁶ ».

La Convention européenne des droits de l'homme, quant à elle, garantit le droit au respect de la vie privée et familiale à son article 8 et l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe, l'origine nationale ou encore la naissance à son article 14.

17. Pour les États membres, la Convention internationale des droits de l'enfant et la Convention européenne des droits de l'homme constituent un seuil minimal de valeurs qu'il convient de

⁴¹ V. Y. LECQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », Cours général de droit international privé, 2015, p. 351 et s., sur le phénomène de fondamentalisation du droit et son influence sur le droit international privé.

⁴² V. *supra*, §12.

⁴³ Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

⁴⁴ D. BUREAU ET H. MUIR WATT, *Droit international privé Tome 2 : partie spéciale*, PUF Thémis, 5^{ème} édition, 2021, p.201.

⁴⁵ CE, 27 septembre 1997, n°161364 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n°04-16.942.

⁴⁶ Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, 29 mai 2013, p.14

respecter⁴⁷. Pour imposer le respect de ces valeurs, les droits fondamentaux assurent une méthodologie particulière, distincte de la méthodologie conflictuelle du droit international privé. Se dégage ainsi de cette méthodologie des obligations positives pour les États parties⁴⁸.

2. La méthodologie

18. Bien qu'ils assurent une convergence minimale dans les droits nationaux, ces droits fondamentaux compliquent l'application du droit international privé d'un point de vue méthodologique. Certains auteurs affirment même qu'ils peuvent avoir un « effet urticant ⁴⁹ ». Le droit international privé, qui a pour objet la coordination des systèmes juridiques et qui offre une réponse indirecte au litige, s'oppose aux droits fondamentaux, qui « ont pour objet la réalisation et le respect de l'énoncé à vocation universelle des droits de l'homme contenant des dispositions donnant une réponse directe au litige⁵⁰. ». Aussi, cette analyse se retrouve en droit de la filiation.

Au sein de l'ordre juridique français, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les conflits de filiation a pu avoir pour conséquence un infléchissement de l'exception d'ordre public au détriment de la méthode conflictuelle⁵¹. Par exemple, l'intérêt de l'enfant français ou résidant en France d'établir sa filiation doit primer sur la loi personnelle de la mère qui ne permet pas d'établir ce lien de filiation⁵². Cette prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant implique également pour l'autorité compétente de mettre en balance l'intérêt *in abstracto* de l'enfant, prévu par les règles de conflits de lois et les normes de droit substantiel, et son intérêt *in concreto*. C'est pourquoi les règlements européens et autres conventions internationales protectrices des droits de l'enfant évincent la méthode conflictuelle classique au profit de « la conjonction des compétences juridictionnelles et législative⁵³ ».

19. La méthodologie de la Cour européenne des droits de l'homme se distingue également de la méthodologie classique du droit international privé. Pour apprécier s'il existe une famille au sens de l'article 8 de la convention, la Cour n'applique pas de règle de conflit de loi pour chercher

⁴⁷ LEGENDRE Rebecca, « Filiation internationale : quelles perspectives d'avenir ? », *AJ Famille Dalloz* 2024, p.73

⁴⁸ C.PONS, « La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé », *Revue québécoise de droit international*, 2018, p. 122.

⁴⁹ V. notamment H. MUIR WATT, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance mondiale », *Revue internationale de droit économique*, 2013, p. 59, In C. PONS, *op. cit.*

⁵⁰ C.PONS, *op. cit.* p. 123.

⁵¹ D. BUREAU ET H. MUIR WATT, *Droit international privé Tome 2 : partie spéciale*, PUF Thémis, 5^{ème} édition, 2021.

⁵² Cass. civ. 1^{re}, 27 septembre 2017, n°16-19.654.

⁵³ D. BUREAU ET H. MUIR WATT, *Droit international privé Tome 2 : partie spéciale*, PUF Thémis, 5^{ème} édition, 2021, p. 203.

l'existence d'un lien juridique ou biologique comme peut le faire la Cour de justice de l'Union européenne. Elle applique le « test de réalité ». Ce test implique de déterminer la réalité des liens entre les membres de la famille, et de prouver des liens personnels étroits et effectifs entre chacun⁵⁴. Par exemple, dans l'arrêt *Honner c. France*⁵⁵, elle a retenu que la relation entre deux femmes vivant ensemble sous le régime du PACS et l'enfant né par procréation médicalement assistée qu'elles élevaient conjointement s'analysait en une « vie familiale » au regard de l'article 8 de la Convention. Après avoir constaté l'existence de relations familiales au sens de la convention, la Cour doit se prononcer sur la compatibilité entre la décision d'un État partie et le respect du ou des droits fondamentaux invoqués par les justiciables.

Dans un premier temps la Cour doit constater l'existence d'une ingérence de l'État dans un des droits garantis par la Convention. Puis, elle doit effectuer un test de légalité et de proportionnalité à travers une mise en balance des intérêts en présence. Ce dernier s'effectue en trois phases distinctes : elle vérifie la légalité de l'ingérence dans l'État concerné, puis elle recherche si cette ingérence poursuit un but légitime, et enfin si elle est « nécessaire dans une société démocratique⁵⁶ ». On abordera ici les quelques-uns des plus grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la filiation par procréation⁵⁷ qui constituent ce seuil minimal en droit de la filiation pour les États membres, sous l'angle du droit au respect à la vie privée et familiale, à la non-discrimination ou du droit à l'identité. Ces arrêts, dont l'énumération n'a pas vocation à être exhaustive, permettront de comprendre comment les droits fondamentaux, mobilisés par la Cour européenne des droits de l'homme, sont « les vecteurs d'une harmonie internationale⁵⁸ ».

En 1979, dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*⁵⁹, la Cour prohibe toute discrimination fondée sur la naissance dans d'établissement de la filiation maternelle en tant que violation des articles 14 et 8 de la convention. Cet arrêt a permis la suppression de toute discrimination entre les enfants « naturels » et « légitimes » dans les modes d'accès à la filiation maternelle en Belgique, puis dans l'ensemble des États membres de l'Union.

En 1994, dans l'arrêt *Keegan c. Irlande*, elle formule une injonction pour les États membres, d'agir pour « accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que possible par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille⁶⁰ ». Cet arrêt illustre

⁵⁴ Rapport de l'ICF mandaté par la Commission Européenne « Study to support the preparation of an impact assessment on a possible Union legislative initiative on the recognition of parenthood between Member States » Final Report : bit.ly/Filiation_UE_Etude_mars2022, p. 11.

⁵⁵ CEDH, 12 novembre 2020, *Honner c. France* n°19511/16, §§50-51.

⁵⁶ C.PONS, *op. cit.*, p. 132.

⁵⁷ CEDH, « Thème clé de l'article 8 sur la filiation », dernière mise à jour le 31 août 2023.

⁵⁸ R. LEGENDRE, *op.cit.*, p.76.

⁵⁹ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req n°6833/14.

⁶⁰ CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, req n° 16969/90, point 50. V. aussi CEDH, *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, req n° 33711/96, §73.

parfaitement la mise en oeuvre effective de l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant par la Cour. Elle le rappelle à plusieurs reprises, « il faut y accorder la plus grande importance⁶¹ ».

Eu égard à l'évolution des nouvelles techniques de procréation médicalement assistée, la Cour a été amenée à se prononcer à plusieurs reprises sur l'accès pour les couples de deux personnes de même sexe à celle-ci. Par exemple, dans l'arrêt *SH et autres c. Autriche*, elle affirme « le droit des couples à procréer en faisant appel à la procréation médicalement assistée entre dans le champ d'application de l'art 8, pareil choix s'analysant manifestement en une forme d'exercice du droit à la vie privée et familiale⁶² ».

Toutefois, le respect du seuil minimal de valeurs communes implique également le respect du pluralisme⁶³. En application de l'article 8.2, la Cour européenne des droits de l'homme laisse une marge d'appréciation aux États parties. Ainsi, la question du droit des parents transgenres et de leurs enfants biologiques à faire inscrire sur l'acte de naissance des enfants le genre reconnu à leurs parents a trait à la vie « privée » des requérants et relève de la marge d'appréciation des États membres⁶⁴. L'interdiction de la procréation post mortem suit le même sort⁶⁵. De même la Cour de Strasbourg n'impose pas aux États membres de retranscrire l'acte de naissance étranger d'un enfant issu d'une gestation pour autrui, celle-ci relevant de leur marge d'appréciation, bien qu'elle impose aux États parties d'offrir la possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention⁶⁶.

20. Cette autonomie normative au regard du droit communautaire est donc relative au plan matériel. Les États membres doivent respecter les exigences imposées par les droits fondamentaux. Ces obligations positives imposées aux États membres assurent une convergence dans les différents droits nationaux des États. Certains auteurs évoquent même l'existence « d'une famille à l'européenne⁶⁷ ». Il convient alors d'étudier comment se traduit cette convergence dans le droit matériel des États membres, tout en mettant en lumière les divergences de conception du lien de filiation entre chacun.

§2. La pluralité des modes d'établissement du lien de filiation

⁶¹ *Ibid.*

⁶² CEDH, *SH et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011, req. n°57812/00.

⁶³ R. LEGENDRE, *op.cit.*, p.76.

⁶⁴ CECH, *O.H. et G.H. c. Allemagne*, 4 avril 2023, req. n° 3568/18 et 54741/18, §§81 et 83.

⁶⁵ CEDH, *Baret et Caballero c. France*, 14 septembre 2023, req. n° 22296/20 et 37138/20.

⁶⁶ CEDH, grande chambre, avis consultatif du 10 avril 2019, n°P16-2018-001.

⁶⁷ V. H. FULCHIRON, C. BIDAUT-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille de l'Université Lyon 3 (Lyon, 2013), Dalloz, 2014.

21. Il est possible de classer en trois catégories distinctes les modes d'établissement de la filiation⁶⁸ : la filiation qui découle de la loi fondée sur la réalité biologique (A.), la filiation qui découle d'un acte juridique (B.), et la filiation qui découle d'un lien socio-affectif (C.). Chaque État est libre de faire prévaloir une conception du lien de filiation dans l'établissement des modes d'accès à la filiation maternelle et paternelle. Il s'agira alors de faire une étude de droit comparé des différents modes d'établissement du lien de filiation au sein des États membres⁶⁹. Nous nous concentrerons sur le droit français, allemand, grec, et polonais dont les convergences et divergences sont représentatives, à plus grande échelle, de celles de l'ensemble des États membres.

A. La filiation qui découle de la loi, fondée sur la réalité biologique

22. Le lien de filiation biologique résulte « de la création par la loi d'un rapport fondé directement sur la procréation, charnelle ou médicalement assisté⁷⁰ ». En dehors des cas de procréation médicalement assistée et de gestation pour autrui⁷¹, la filiation maternelle est toujours fondée sur la réalité biologique. En droit allemand, l'article 1591 BGB⁷² dispose que la femme qui accouche de l'enfant est inscrite dans l'acte de naissance comme étant sa mère. Les droits grec⁷³ et polonais vont également en ce sens. En droit français, l'article 311-25 du code civil dispose que la filiation maternelle s'établit par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant. Ce dernier ne prévoyant pas explicitement que la mère est la femme qui accouche, l'article 332 du code civil français précise que le lien de maternité peut être annulé si la personne désignée dans l'acte de naissance n'est pas celle qui a accouché. Ainsi, au sein du droit substantiel de la filiation des États membres on observe un consensus pour qualifier la mère comme étant la femme qui a donné naissance à l'enfant, la femme qui accouche. Ce principe est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui reconnaît le principe « *mater semper certa est* » : la simple mention du nom de la mère dans l'acte de naissance doit constituer une preuve de la filiation maternelle⁷⁴.

A l'égard du lien de filiation paternelle, la réalité biologique ne peut pas être aussi certaine que pour la filiation maternelle. C'est pourquoi les États prévoient tous la présomption de paternité du mari de la femme qui accouche, *pater is est quem nuptiae demonstrant*. On présume

⁶⁸ Rapport de l'ICF, *op.cit.*, p.4.

⁶⁹ L'ensemble des données étudiées dans cette partie sont issues du rapport de l'ICF, *op.cit.*, et de « JaFBase », une base de données de conventions internationales et de textes de droit de fond applicables aux litiges internationaux pouvant être portés devant le juge français : <http://www.jafbase.fr>.

⁷⁰ P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, M. FARGE, *Droit de la famille : droit interne, européen et international*, Sirey, 8^{ème} édition, 2021, p.391.

⁷¹ V. *infra*, §29 et suivants.

⁷² Bürgerliches Gesetzbuch.

⁷³ Article 1463.2 du code civil grecque.

⁷⁴ CEDH, *Marckx c. Belgique*, *op. cit.*. V. *supra*, §19.

ainsi que le mari est le père biologique de l'enfant. Les discriminations entre les enfants « naturels » et « légitimes » sont éteintes dans chacun des États faisant l'objet de cette étude. Toutefois, le mariage reste une institution primordiale au sein des modes d'établissement de la filiation paternelle, la présomption de paternité jouant uniquement à l'égard du mari. En droit allemand, les articles 1592 et suivants du BGB prévoit la présomption de paternité à l'égard de l'enfant né dans le mariage, et à l'enfant né dans les 300 jours suivants le décès du mari, la dissolution du mariage ou son annulation (sauf en cas de remariage de la mère durant ce délai). De plus, le droit allemand accorde une importance particulière à la vérité biologique. Il consacre le droit de l'enfant à connaître ses origines génétiques. Par exemple, le don de sperme ne peut avoir lieu de manière anonyme. Les droits grec⁷⁵ et polonais⁷⁶ connaissent de la même présomption de paternité dans les mêmes délais. Le droit français, quant à lui, se distingue en retenant comme point de départ du délai de présomption « l'introduction de la demande en divorce ou en séparation de corps⁷⁷ ». Ainsi, il existe un consensus entre les États membres sur la présomption de paternité. Toutefois, les différences entre les délais de cette présomption au sein des États membres pourront poser difficulté dans l'ordre juridique international⁷⁸.

23. Il résulte de cette étude des modes d'établissement de la filiation fondée sur la réalité biologique que le lien de filiation maternelle établi par la loi n'est pas sujet à des divergences entre les États membres. La présomption de paternité du mari, fondée sur la réalité des liens biologiques avec l'enfant, pouvant, quant à elle, faire l'objet de différences sur le délai de présomption retenu.

B. La filiation qui découle d'un acte juridique

24. Parmi les modes d'établissement du lien de filiation, l'acte juridique déploie ses effets surtout pour le lien de filiation paternelle, le lien de filiation maternelle découlant toujours de la réalité biologique. Le mode phare d'établissement de la filiation qui découle d'un acte juridique, en dehors de toute action en recherche ou contestation de la filiation, est la reconnaissance volontaire de paternité⁷⁹. Cette reconnaissance volontaire reflète en principe le lien de filiation biologique de l'enfant⁸⁰, mais il n'est pas exclu que le père qui reconnaît volontairement l'enfant ne soit pas le père biologique. L'acte juridique qui cristallise ce lien de filiation par reconnaissance

⁷⁵ Article 1465 du code civil grecque.

⁷⁶ Article 62. KRO

⁷⁷ Article 313 du code civil français.

⁷⁸ V. *infra*, n°50.

⁷⁹ La reconnaissance de paternité intervient lorsque les parents ne sont pas mariés, lorsque la présomption de paternité ne peut pas jouer

⁸⁰ La reconnaissance volontaire de paternité joue aussi bien à l'égard de l'enfant né par une relation charnelle qu'un enfant né à l'aide d'une procréation médicalement assisté.

volontaire peut être un acte authentique dressé par un officier d'état civil ou un notaire, ou une décision judiciaire rendue par le juge judiciaire. Bien que le régime juridique de la reconnaissance volontaire de paternité puisse différer selon les États⁸¹, l'Allemagne, la Grèce, la Pologne et la France reconnaissent ces deux types d'instrument pour établir la filiation paternelle hors mariage.

En droit allemand, la reconnaissance volontaire doit toujours être contenue dans une déclaration expresse authentifiée (Beurkundung) devant les autorités compétentes⁸², tout comme en droit polonais⁸³, grec⁸⁴, et français⁸⁵. La filiation paternelle hors mariage peut également être établie par décision de justice⁸⁶, le plus souvent lorsqu'une action en recherche ou contestation de paternité a été intentée, dans chacun des pays⁸⁷.

Par conséquent nous pouvons conclure que la reconnaissance volontaire de paternité comme mode d'établissement de la filiation fait consensus entre les États membres.

25. Ce consensus fait défaut pour la reconnaissance volontaire de maternité. Seule la France connaît la reconnaissance volontaire de maternité. Dans le cas d'un couple hétérosexuel, cette reconnaissance de maternité⁸⁸ jouera uniquement si la mère souhaite faire une reconnaissance prénatale, puisqu'elle sera désignée dans l'acte de naissance de son enfant le jour de son enfant. Cette singularité française ne pose pas de difficulté puisque la mère désignée sur l'acte de naissance de l'enfant reste la femme qui accouche, comme dans les autres États membres.

Cependant, le droit français a créé un nouveau mode d'établissement du lien filiation pour les couples de femmes, également fondé sur la reconnaissance volontaire. En effet, depuis la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique⁸⁹ la procréation médicalement assistée est ouverte aux couples de femmes. Avant cette loi, l'adoption plénière par l'épouse de la mère biologique de l'enfant était possible dès lors que les conditions légales de l'adoption étaient réunies et conforme à l'intérêt de l'enfant⁹⁰. Mais l'adoption présentait des inconvénients tels que les démarches administratives, l'écoulement du temps, ou encore le consentement de la mère biologique⁹¹. La

⁸¹ Par ex. le consentement de la mère est nécessaire pour la reconnaissance volontaire de paternité en Allemagne (§1592 BGB), Grèce (article 1476 code civil), Pologne (article 72 KRO), mais pas en France.

⁸² V. Guide pratique international de l'état civil de l'Allemagne, état de mars 2006, p.16.

⁸³ V. article 73 KRO.

⁸⁴ V. article 1476 code civil grec.

⁸⁵ V. article 316 code civil français.

⁸⁶ En droit français la jurisprudence admet même que la reconnaissance volontaire puisse être contenue dans des conclusions ou dans un procès-verbal de comparution personnelle signés par lui. V. par ex. Cass. Civ 1^{re}, 1^{er} juillet 1981, n°80-13.053.

⁸⁷ V. en droit allemand, les §1593 et §1600 BGB ; en droit grec, l'article 1479 du code civil ; en droit polonais, article 84§1 et 86 KRO ; en droit français l'article 327 et suivants du code civil.

⁸⁸ V. Article 316 du code civil, celle-ci est soumise aux mêmes conditions que la reconnaissance volontaire de paternité.

⁸⁹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique modifiant les articles L.2141-1 et suivants du code de la santé publique.

⁹⁰ Cass. Cour de cassation saisie pour avis, 22 septembre 2014, n°14-70.006.

⁹¹ V. P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, M. FARGE, *op.cit.*, pp 520-521.

loi bioéthique de 2021 y a donc remédié. Le législateur français prévoit désormais que les couples de femmes ayant recours à une procréation médicalement assistée nécessitant l'intervention d'un tiers donneur « doivent donner préalablement leur consentement à un notaire ⁹² ». Par le recueil de ce consentement, « le couple de femmes reconnaît conjointement l'enfant ⁹³ ». La filiation de la femme qui accouche est toujours établie conformément à l'article 311-25 du code civil⁹⁴, tandis que la filiation « à l'égard de l'autre femme, [est établie] par la reconnaissance conjointe »⁹⁵. Ce dernier emporte les mêmes effets que les autres liens de filiation fondés sur les modes d'établissement précités⁹⁶. Deux mères peuvent dorénavant être désignées sur l'acte de naissance de l'enfant, « par le biais d'un processus inédit et sans doute quelque peu ambiguë⁹⁷ ». A ce stade de notre présente réflexion, ce mode d'établissement du lien filiation singulier du droit français⁹⁸ amène déjà à se questionner sur son accueil par les autres États membres⁹⁹.

C. La filiation qui découle d'un lien socio-affectif

26. Le lien de filiation peut également découler d'un lien socio-affectif entre les parents et l'enfant. L'adoption ne faisant pas partie de l'objet d'étude de ce mémoire, nous aborderons les autres modes d'établissement du lien de filiation qui découlent d'un lien socio-affectif : le cas de la possession d'état connu du droit français (1.), puis la parentalité d'intention (2.).

1- La possession d'état

27. La possession d'état, en tant que preuve et mode d'établissement de la filiation, est une particularité du droit français qui n'est pas connue des autres États membres¹⁰⁰. Dans l'ordre juridique français la possession d'état correspond à l'apparence d'un état¹⁰¹, en effet « c'est parce que la filiation a l'apparence d'exister qu'elle peut, à certaines conditions, prendre corps juridiquement¹⁰² ». En dehors du droit de la filiation, la possession d'état joue également en droit de la nationalité¹⁰³.

⁹² Article 342-10 alinéa 1^{er} du code civil français.

⁹³ Article 342-11 aliéna 1^{er} du code civil français.

⁹⁴ Article 342-11 aliéna 2^{ème} du code civil français.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ V. Article 6.2 du code civil français.

⁹⁷ P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, M. FARGE, *op. cit.*, p. 520.

⁹⁸ La PMA n'est pas ouverte aux couples de même sexe en Allemagne, Grèce, Pologne ; V. Partie I, Chapitre 1, Section 2, §1, A, 1.

⁹⁹ V. *infra*, Partie II, chapitre 1.

¹⁰⁰ Nous nous intéresserons ici uniquement à la possession d'état en tant que mode d'établissement du lien de filiation

¹⁰¹ M. CRESP (coord.) J. HAUSER, M. HO-DAC (coord.), *Droit de la famille : Droit français, européen, international et comparé*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2017, p.625.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ V. article 21-13 du code civil.

La possession d'état est constatée par un acte authentique délivré par le notaire¹⁰⁴ dans la limite d'un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état allégué. Ce mode d'établissement du lien de filiation n'a d'utilité que dans les cas où la filiation maternelle ou paternelle n'est pas établie par l'effet de la loi ou par une reconnaissance, et qu'il n'est pas inscrit dans les registres d'état civil¹⁰⁵. Autrement dit, elle intervient à titre subsidiaire. Nous pouvons ainsi exclure de ce mode d'établissement du lien de filiation la filiation d'un enfant conçu ou né en mariage établie par l'effet de la loi¹⁰⁶. De plus, le lien de filiation maternelle étant quasiment toujours établie par l'acte de naissance¹⁰⁷, la possession d'état jouera le plus souvent à l'égard du lien de filiation paternel hors mariage, dans le cas où le prétendu père a élevé l'enfant mais ne l'a pas reconnu¹⁰⁸. Sa mise en œuvre s'explique le plus souvent par une impossibilité de recourir à une expertise biologique, par exemple lorsque le père prétendu est décédé avant ou après la naissance¹⁰⁹. Ainsi, « le lien de sang ¹¹⁰ » entre l'enfant et le parent n'est pas exclu, mais il reste le mode d'établissement de la filiation que l'on associe à une filiation sociologique, « le lien du cœur »¹¹¹.

28. Ce mode d'établissement de filiation particulier peut certes reposer sur un lien sociologique, mais il ne peut être utilisé pour contourner une règle prohibant l'établissement de la filiation. En effet, la possession d'état a été invoquée par des femmes dans le cadre de contentieux en matière de procréation médicalement assistée par des couples de femmes avant la loi de 2021. La Cour de cassation est intervenue par un avis du 7 mars 2018¹¹² afin de préciser que la possession d'état ne pouvait être légalement établie à l'égard de la concubine de la mère légale qui réclamait un acte de notoriété sur le fondement de l'article 317 du code civil dans l'objectif de contourner l'impossibilité de demander l'adoption de l'enfant. La même question avait été posée devant la Cour de cassation quelques années plus tôt à l'égard d'un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui¹¹³. La Haute juridiction française refusait de faire jouer la possession d'état du fait de l'atteinte à l'ordre public en l'espèce. Dans l'état actuel de la jurisprudence française en matière

¹⁰⁴ V. article 317 du code civil ; Avant la loi du 23 mars 2019 la compétence était attribué au juge judiciaire.

¹⁰⁵ F. CHENEDE (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action 2023-2024, 9^e éd., 2022, p.734.

¹⁰⁶ V. *supra* n° 22 à 26.

¹⁰⁷ V. *supra* n°22.

¹⁰⁸ F. CHENEDE (dir.), *op.cit.*, p.735.

¹⁰⁹ M. CRESP (coord.) J. HAUSER, M. HO-DAC (coord.), *Droit de la famille : Droit français, européen, international et comparé*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2017, p 626.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Cass. Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, n°17-70.039.

¹¹³ Cass. Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130

de gestation pour autrui¹¹⁴, la possession d'état ne pourrait plus être refusée au père biologique de l'enfant. Le doute persiste s'agissant du lien de filiation maternelle « d'intention »¹¹⁵.

2. La parentalité d'intention dans le cadre d'une gestation pour autrui

29. Concomitant à l'essor des nouvelles techniques de procréation, le droit de la filiation a vu se développer au cours de ces dernières décennies la technique de la gestation pour autrui. Elle se définit comme le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'autrui. Cette femme, appelée « la mère gestatrice » s'engage par un contrat à remettre l'enfant à la naissance aux parents d'intention¹¹⁶. La gestation pour autrui peut revêtir plusieurs formes¹¹⁷. D'une part, la gestation pour autrui peut désigner la maternité de substitution : la technique par laquelle une femme accepte d'être inséminée artificiellement avec les gamètes d'un homme dont la femme ou la concubine est stérile (ou ne veut pas porter l'enfant). Cette dernière est alors désignée comme « la mère d'intention ». D'autre part, la gestation pour autrui peut désigner une convention portant uniquement sur la gestation de la mère porteuse d'un enfant qui n'est pas le sien. La qualification de la mère est alors repensée selon la distinction entre la mère gestatrice et la mère génitrice. Certains auteurs français avaient envisagé la légitimité de cette dernière pratique, puisque l'enfant reviendrait à sa mère génétique¹¹⁸.

Les schémas de gestation pour autrui n'ont fait qu'évoluer ces dernières années. Les gamètes mâles peuvent également être à l'origine d'un tiers donneur, conduisant à qualifier l'homme du couple qui a recours à une gestation pour autrui de « père d'intention ». De plus, cette qualification recouvre aussi l'homme d'un couple homosexuel qui a recours à ce type de convention et qui n'est pas le père biologique, tout comme un homme célibataire qui y aurait recours. Les couples de femmes peuvent également y avoir recours, tout comme de même une femme célibataire.

Cette multiplication d'intervenant à la procréation de l'enfant bouscule considérablement la notion de parentalité. La gestation pour autrui amène à se questionner sur la qualification juridique des parents, et à la création d'un nouveau statut de « parents d'intention » désignés comme « ceux qui ont la volonté de fonder une famille par gestation pour autrui¹¹⁹ ». L'avis de la Commission d'enrichissement de la langue française de 2018 définit les parents d'intention

¹¹⁴ V. *infra*, n° 37.

¹¹⁵ V. M. HERVIEAU, « Possession d'état : l'absence avérée de lien biologique n'empêche pas l'établissement de la filiation », *Dalloz Actualité Étudiant*, 2023.

¹¹⁶ V. P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, M. FARGE, *op.cit.*, p. 507.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ V. M. BANDRAC, « Réflexions sur la maternité » dans *Mélanges Pierre Raynaud*, 1988, p.27.

¹¹⁹ M. MESNIL, « La parenté d'intention en droit français. Nouvelle figure du système de filiation ? », *Revue des politiques sociales et familiales*, Éditions Caisse nationale d'allocations familiales, 2023, p. 102.

comme les « personnes [s] qui, dans l'intention de devenir mère ou père d'un enfant à sa naissance, conclu[ent] un accord avec une femme qui s'engage à porter cet enfant, généralement conçu par insémination artificielle¹²⁰ ». Le terme étant reproduit tel quel dans les décisions de la Cour de cassation française depuis 2011¹²¹, c'est en ce sens qu'il sera fait usage.

La gestation pour autrui soulève de nombreux problèmes éthiques, moraux vis à vis de la marchandisation du corps des femmes. Sur le plan juridique elle amène à se questionner sur la liberté de disposer de son corps, le respect de la dignité humaine ou encore le consentement des mères porteuses¹²². C'est pourquoi la question de la légalisation de la gestation pour autrui et la création d'un mode d'accès à la filiation pour les parents d'intention est le fruit de nombreuses divergences entre les États membres européens tant en matière de droit substantiel de la gestation pour autrui qu'en matière de reconnaissance des liens de filiations de l'enfant issu d'une gestation réalisé à l'étranger. A ce stade de la réflexion, nous nous intéresserons au droit substantiel de la gestation pour autrui¹²³ en tant que mode d'accès à la filiation d'intention dans les quatre États qui font l'objet de cette étude.

30. En droit français, l'ensemble des techniques de gestation pour autrui sont formellement prohibées. L'interdiction formulée dans un premier temps par la jurisprudence¹²⁴ a été formulée explicitement par le législateur en 1994¹²⁵ à l'article 16-7 du code civil disposant que « Toute convention portant sur la gestation ou la procréation pour le compte d'autrui est nulle », d'une nullité absolue. Cette disposition étant d'ordre public aux termes de l'article 16-9 du code civil. De plus, les parents commanditaires d'une gestation pour autrui se rendent coupable du « délit d'incitation à abandon d'enfant »¹²⁶. Les intermédiaires, se rendent également pénalement répréhensibles¹²⁷.

¹²⁰ Commission d'enrichissement de la langue française, Vocabulaire du droit (liste de termes, expressions et définitions adoptés), Avis publié au *Journal officiel* n° 0283 du 7 décembre 2018, Texte n° 100, Nor : CTNR1832360K, In M. MESNIL, « La parenté d'intention en droit français. Nouvelle figure du système de filiation ? », *Revue des politiques sociales et familiales*, Éditions Caisse nationale d'allocations familiales, 2023, p. 102.

¹²¹ V. Cass. Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n°09-66.486. L'expression « mère d'intention » est reproduit telle quelle dans les moyens des époux, demandeurs au pourvoi.

¹²² C.PONS, *op.cit.*, p.121.

¹²³ V. *infra*, §§40-46.

¹²⁴ V. Cass. Civ. 1^{re}, 31 mai 2019, n°90-20.105. La Cour considère que l'enfant issu d'une mère porteuse ne peut faire l'objet d'une adoption plénière par le couple dont l'épouse est stérile, au nom des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes.

¹²⁵ Par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain

¹²⁶ V. Article 227-12 du code pénal français.

¹²⁷ *Ibid.*

En droit allemand, la convention de gestation pour autrui est nulle¹²⁸ comme contraire aux bonnes mœurs. Des sanctions pénales sont également prévues à l'encontre des intermédiaires participant à cette procréation ainsi qu'à l'encontre des médecins pratiquant l'insémination¹²⁹.

En droit polonais, la gestation pour autrui ne fait l'objet d'aucune législation particulière. Il faut donc appliquer les règles de droit générales. Dès lors, si nous faisons une application combinée du principe *mater semper certa est*¹³⁰, de l'article 41 de la Constitution polonaise¹³¹, et de l'article 56 du code civil polonais, les conventions de gestation pour autrui sont nulles pour violation des règles relatives à la filiation maternelle et des règles de la vie en société¹³².

On observe alors un consensus de la France, l'Allemagne et la Pologne en matière de gestation pour autrui.

31. Le droit grec va à l'encontre de ce consensus puisqu'il légalise la gestation pour autrui depuis 2002¹³³. Celle-ci est ouverte uniquement aux couples hétérosexuels, mariés ou non, et aux femmes célibataires, qui doivent chacun donner leur consentement au recours à une mère porteuse, exprimé dans un acte notarié¹³⁴. L'accès à la gestation pour autrui est très encadré puisque la mère d'intention doit avoir moins de cinquante ans, être dans l'incapacité médicale de procréer ou bien d'exposer l'enfant à naître au risque de transmission d'une maladie grave¹³⁵. La mère porteuse quant à elle doit, entre autres, avoir entre 25 et 45 ans, et avoir donné naissance à au moins un enfant de sa propre initiative¹³⁶. Le fait de porter l'enfant ne doit comporter aucun avantage financier pour elle¹³⁷.

Par ailleurs, le couple doit, préalablement avant toute insémination de la mère porteuse, obtenir une autorisation judiciaire¹³⁸. Ces conditions légales étant d'ordre public, toute infraction à la loi est prohibée par le code pénal grec¹³⁹. Ce processus conduit à désigner les parents d'intention

¹²⁸ §§134 et 138 du BGB ; V. S. PFEIFF, *op. cit.*, p. 588.

¹²⁹ V. S. PFEIFF, *op.cit.*, p. 588.

¹³⁰ Consacré à l'article 61 du code civil polonais,

¹³¹ Article 41 de la constitution polonaise « L'inviolabilité et la liberté personnelle sont garanties à chacun. La privatisation et la limitation de la liberté ne peuvent intervenir que suivant les règles de liberté et conformément à la procédure prévue par la loi ».

¹³² F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui », *AJ Famille*, 2014, p.308.

¹³³ Loi n° 3089/2002 du 19 déc. 2002 sur l'assistance médicale à la procréation humaine, qui a inséré dans le code civil les art. 1455 à 1460 et qui a modifié les articles 1461 à 1484 relatifs à la filiation, complétée par la loi n° 3305/2005 du 27 janv. 2005 sur la mise en oeuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée, entrée en vigueur le 27 févr. 2005.

¹³⁴ F. GRANET-LAMBRECHTS, *op.cit.* p.302.

¹³⁵ Articles 1455 et 1458 du code civil Grec.

¹³⁶ V. l'article 9.1 de la décision N°73/24.01.2017 publiée dans le Journal officiel de la République hellénique 293/07.02.2107.

¹³⁷ V. l'article 13 de la loi 3305/2005.

¹³⁸ Article 121 de la loi d'introduction au code civil.

¹³⁹ F. GRANET-LAMBRECHTS, *op.cit.* p.302.

comme parents légaux de l'enfant dès la naissance¹⁴⁰. *In fine*, la Grèce permet l'établissement d'un lien de filiation à l'égard des parents d'intention.

La loi de 2002 n'autorisait les conventions de maternité pour autrui que pour les mères d'intention et les mères porteuses domiciliées en Grèce. Cette restriction qui limitait l'impact de cette législation libérale sur l'ensemble du territoire européen n'est plus d'actualité puisque en 2014 ces conditions ont été supprimées¹⁴¹. La Grèce peut désormais être touchée par les problématiques de tourisme procréatif¹⁴².

32. Cette étude de droit comparé fait ressortir des divergences notables entre les quatre États membres concernant les modes d'établissement fondés sur un lien socio-affectif. Les liens de filiation fondés sur la réalité biologique, quant à eux, ne sont pas touchés par ces divergences. Il convient alors à présent d'étudier les effets de ces divergences.

Section 2. Les effets de ces divergences

33. Ces divergences dans le droit de la filiation des États membres produisent des effets dans l'ordre juridique interne des États (§1.), mais également dans l'ordre juridique international (§2.).

§1. Dans l'ordre juridique interne

34. L'essor des nouveaux modes de procréation a multiplié les formes de parentalité (**Voir Annexe 1**¹⁴³). Comme nous l'avons constaté, il y a une convergence du droit matériel des différents États membres à l'égard de la filiation maternelle et paternelle d'un enfant né par procréation naturelle. C'est pourquoi, dans le cadre de cette étude de droit comparé, il s'agira d'aborder tour à tour comment, sous l'influence des divergences du droit substantiel de la filiation, les filiations qui s'émancipent du modèle traditionnel de parentalité sont accueillis dans chaque État membre¹⁴⁴. Les parentalités retenues sont l'homoparentalité (**A.**) et la parentalité d'intention (**B.**).

A. L'accueil de l'homoparentalité dans l'ordre juridique des États membres

¹⁴⁰ Article 1464 du code civil grec.

¹⁴¹ Loi n°4272/2014.

¹⁴² V. *infra*, n° 38.

¹⁴³ V. *infra*, Annexe n°1.

¹⁴⁴ Toujours en France, Allemagne, Grèce, Pologne.

35. L'homoparentalité peut être définie comme toute situation familiale où « au moins un adulte qui est le parent d'un enfant s'identifie comme homosexuel »¹⁴⁵. Ce terme, inventé en 1997 par l'Association des parents gays et lesbiens, désigne plus généralement le schéma parental où deux personnes de même sexe sont parents, ensemble, d'un ou plusieurs enfants. L'objet de cette réflexion excluant la question du lien de filiation par la voie de l'adoption, il s'agira d'aborder la question sous l'angle de l'accès à la parentalité par les couples de même sexe par voie de procréation. Deux personnes de même sexe ne pouvant concevoir par voie charnelle un enfant, la légalité de l'homoparentalité par les États membres est donc intimement liée à l'accès à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour autrui par ces couples. La question de l'adoption de l'enfant par le parent non biologique ne sera donc pas exclue de l'étude de l'homoparentalité dans l'ordre juridique des États membres.

36. De l'observation de la cartographie de la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du parent non biologique dans le cadre d'un couple de même sexe, marié ou en concubinage, par les États membres (**Annexe 2**¹⁴⁶), il ne fait aucun doute que l'homoparentalité ne fait pas l'objet d'un consensus sur le territoire européen. L'homoparentalité est également intimement liée à la question du mariage entre personnes de même sexe. C'est pourquoi nous observons une corrélation entre sa légalisation et la reconnaissance du schéma familial homoparental dans les États membres. En revanche, nous pouvons remarquer que la libéralisation de la législation des techniques de procréation médicalement assistée n'est pas significative de l'accueil du modèle homoparental.

En France, la procréation médicalement assistée est ouverte aux couples de femmes depuis 2021¹⁴⁷, permettant à la mère non biologique de reconnaître l'enfant dans les mêmes conditions qu'un père. Toutefois, la gestation pour autrui étant interdite, aucun mode de procréation n'est ouvert aux couples d'hommes sur le sol français. Mais la France reconnaît pour autant le droit au père d'intention non biologique d'adopter l'enfant de son conjoint si les conditions sont légalement réunies, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁸. L'homoparentalité est donc un modèle familial reconnu au sein de l'ordre juridique français.

En Allemagne, la procréation médicalement assistée est ouverte aux couples de femmes. Toutefois en pratique ils subissent de nombreuses discriminations dans les centres de procréation médicalement assistée. Par exemple, les couples hétérosexuels peuvent se faire rembourser la

¹⁴⁵ S. HEFEZ, « Homoparentalité », *Revue Contraste*, 2018, p. 75.

¹⁴⁶ V. *infra*, Annexe 2.

¹⁴⁷ V. *supra*, n°25.

¹⁴⁸ CEDH, grande chambre, avis consultatif, 10 avril 2019, n°P16-2018-001. V. *infra* n°38, pour l'évolution de la méthode d'accueil.

PMA mais pas les couples de femmes¹⁴⁹. Le lien de filiation de la mère non biologique peut s'établir par l'adoption de l'enfant, aucun système de reconnaissance comparable à la France n'étant prévu. Pour les couples d'hommes, la jurisprudence allemande s'est alignée, comme la France, sur la solution de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour Suprême fédérale allemande a reconnu les filiations juridiques de deux pères d'intention ayant eu recours à une gestation pour autrui, telles qu'inscrites sur une décision californienne en se fondant sur la méthode de la reconnaissance des décisions¹⁵⁰. Ainsi, à la différence du droit français, l'Allemagne distingue l'institution de l'adoption et le lien de filiation des parents d'intention.

La Grèce, bien que sa législation régissant les techniques de procréation médicalement assistée soit parmi les plus libérales, ne reconnaît pas l'homoparentalité. L'accès à la procréation médicalement assistée et à la maternité de substitution est formellement prohibé pour les couples homosexuels, bien qu'elle soit autorisée aux femmes célibataires. De plus, la Grèce ne reconnaît pas ce double lien de filiation établi à l'étranger entre l'enfant et un couple de même sexe, qu'il soit marié, pacsé ou en union libre. La Grèce reconnaît uniquement le lien de filiation à l'égard du parent biologique. Cette interdiction s'explique principalement par l'identité nationale conservatrice de la Grèce où l'Église orthodoxe conserve une forte influence. Toutefois, la Grèce est devenue le seizième État membre à légaliser le mariage et l'adoption pour les couples de même sexe le 15 février 2024¹⁵¹. Il est alors permis de penser que l'accès aux couples de même sexe aux techniques de procréation médicalement assistée pourrait devenir possible dans les prochaines années.

En Pologne, les solutions sont encore plus strictes. La Pologne est un des pays qui reconnaît le moins de droits aux couples de même sexe, l'impossibilité de se marier¹⁵² et d'adopter étant suffisamment révélatrices des discriminations fortes à l'égard de ces couples. En droit de la filiation la procréation médicalement assistée est interdite pour les couples homosexuels. De même, la Pologne ne reconnaît pas le double lien de filiation établi à l'étranger entre l'enfant et un couple de même sexe¹⁵³.

¹⁴⁹ V. C. TERTRAIS, « Procréation médicalement assistée – Encadrement législatif en Allemagne », <https://www.ieb-eib.org/fr/loi/debut-de-vie/procreation-medicalement-assistee/procreation-medicalement-assistee-encadrement-legislatif-en-allemande-554.html>

¹⁵⁰ Bundesgerichtshof, 10 décembre 2010, n°XII ZB 463/13 (Allemagne) ; V. H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue critique de droit international privé*, 2015, p.17.

¹⁵¹ V. Le Monde avec AFP, « La Grèce légalise le mariage et l'adoption pour les couples de même sexe », publié le 15 février 2024, https://www.lemonde.fr/international/article/2024/02/15/la-grece-legalise-le-mariage-et-l-adoption-pour-les-couples-de-meme-sexe_6216773_3210.html.

¹⁵² CEDH, 12 décembre 2023, Przybyszewska et autres c. Pologne, req. n°11454/17 et autres. La Pologne est condamnée pour violation à l'article 8 de la convention du fait de l'absence de cadre juridique assurant « une reconnaissance et une protection » des couples de même sexe

¹⁵³ V. par ex. CEDH, S.-H. c. Pologne, 9 dec 2021, n°56846/15 et n°56849/15

37. L'homoparentalité fait donc l'objet de divergences significatives en tant que modèle parental qui s'émancipe du modèle traditionnel. Sa reconnaissance dans certains États et sa prohibition dans d'autres amène déjà à se questionner sur l'accueil qu'il peut recevoir au sein des États membres de droit prohibitif¹⁵⁴.

Il convient à présent de s'intéresser à l'accueil de la parentalité d'intention dans les États membres.

B. L'accueil de la parentalité d'intention dans l'ordre juridique des États membres

38. Parmi les États membres faisant l'objet de cette étude, seule la Grèce autorise légalement la pratique de la gestation pour autrui sur son territoire¹⁵⁵. De 2003 à 2017, on compte 256 décisions de justice grecques autorisant la pratique d'une gestation pour autrui, avec une moyenne de 18 décisions par an¹⁵⁶. Mais parmi les pays où la gestation pour autrui est formellement prohibée, la pratique montre que la volonté des parents d'avoir un enfant par procréation est plus forte que la prohibition du statut personnel. Par exemple en France, environ 500 à 700 enfants naissent chaque année de mère porteuse¹⁵⁷. Sous l'influence du « tourisme procréatif »¹⁵⁸, les parents se rendent à l'étranger pour contourner leur loi nationale prohibitive.

En 2020, le marché européen de la maternité de substitution détenait plus de 42 % des revenus¹⁵⁹, et pourtant la grande majorité des États membre ne disposent pas d'un cadre législatif clair concernant la reconnaissance de la parentalité d'intention établi à l'étranger¹⁶⁰. Ces statistiques s'expliquent par l'évolution de la jurisprudence des États membres en matière de reconnaissance du lien de filiation des parents d'intention sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un premier temps, la Cour européenne des droits de l'homme est intervenue en 2014 pour condamner la France, au nom du droit à l'identité de l'enfant¹⁶¹, qui se refusait à reconnaître le lien de filiation du père d'intention qui se trouvait être également le père biologique de l'enfant¹⁶². Puis dans un second temps, par un avis du 10 avril 2019¹⁶³, la Cour européenne des droits de l'homme vient au secours du lien de filiation de la mère

¹⁵⁴ V. *infra*, n°56 ; Partie II, Chapitre 1, Section 1, §1.

¹⁵⁵ V. *supra*, n°31.

¹⁵⁶ Rapport ICF, op. cit, p.30. V. *Surrogate Motherhood in Greece: Statistical Data Derived from Court Decisions*, 2017, available at: <https://ejournals.epublishing.ekt.gr/index.php/bioethica/article/view/19723/17249>.

¹⁵⁷ *Ibid*, p.30.

¹⁵⁸ V. D. SINDRES, « Tourisme procréatif et droit international privé », *JDI*, 2015, p. 429.

¹⁵⁹ Rapport ICF, op. cit, p.29 ; V. : <https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market>.

¹⁶⁰ Selon le rapport de l'ICF 83% des États membres. V. *Ibid*, p.29.

¹⁶¹ Le droit à l'identité est une composante du droit au respect à la vie privée garanti par l'article 8 CEDH.

¹⁶² CEDH, *Mennesson et Labassée c. France*, 26 juin 2014, n°s 65192/11 et 65941/11.

¹⁶³ CEDH, grande chambre, avis consultatif du 10 avril 2019, n°P16-2018-00.

d'intention sur la base de l'article 8 de la convention. La Cour de Strasbourg explique que le droit au respect à la vie privée de l'enfant « 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 »¹⁶⁴ ». La France et l'Allemagne, bons élèves, ont pris note de cette jurisprudence pour reconnaître les liens de filiation légalement constitués à l'étranger des parents d'intention. En droit positif français¹⁶⁵, la reconnaissance du lien de filiation du parent biologique se fait par la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état civil français. Pour le lien de filiation du parent d'intention non biologique, il faut passer par la voie de l'adoption¹⁶⁶. La législation allemande, quant à elle, prévoit trois conditions préalables négatives excluant la possibilité de reconnaissance juridique de la parentalité d'intention¹⁶⁷. Cette prise de position ne fait pas l'unanimité sur le territoire européen. En effet, la Pologne ne reconnaît toujours pas le lien de filiation entre les parents d'intention non biologique et l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger¹⁶⁸.

Il faut désormais s'intéresser à l'impact des divergences de droit substantiel de la filiation sur le droit international privé de la filiation des États membres.

§2. Dans l'ordre juridique international

39. L'ensemble des divergences des droits substantiels internes étudiées ne sont pas sans influence sur le droit international privé des États membres. Ces divergences se retrouvent dans les règles de conflits de lois des États membres (A.), mais également dans leur système de reconnaissance de la filiation constituée à l'étranger (B.)

A. Des règles de conflits de lois disparates

40. La loi applicable à la filiation d'un individu gouverne les modes d'établissement du lien de filiation, mais également l'objet et la charge de la preuve¹⁶⁹, ainsi que les modes de preuves

¹⁶⁴ *Ibid*, point 46. Elle précise toutefois que cette reconnaissance peut se faire par d'autres voie que par la transcription de l'état civil, comme l'adoption.

¹⁶⁵ V. P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, M. FARGE, *op.cit.*, pp. 523-527. Sur l'évolution de la jurisprudence française en matière de reconnaissance du lien de filiation des parents d'intention et ses nombreux rebondissements.

¹⁶⁶ La Cour de cassation avait admis la transcription de l'acte de naissance à l'égard du parent d'intention non biologique, V. par ex. Cass. Ass. plen., 4 octobre 2019, n°10-19.053 ; pour finalement que la modification de l'article 47 du code civil en 2021 ferme cette option.

¹⁶⁷ Le lien de filiation ne peut être reconnu si la mère porteuse n'a pas collaboré volontairement avec les parents visés (le simple fait que la mère porteuse reçoive une rémunération financière n'entraîne pas automatiquement un caractère volontaire), l'identité peu claire de la mère porteuse ou les arrangements entre la mère porteuse et les parents visés sont également un motif de refus ou encore lorsque les exigences fondamentales de la mère porteuse ont été ignorées. V. Rapport ICF, *op. cit.*, p.176.

¹⁶⁸ V. Rapport ICF, *op. cit.*, p.175.

¹⁶⁹ Par ex., l'existence et la force de présomption *pater is est*.

admissibles et leur force probante¹⁷⁰. Elle se trouve doté d'une telle importance « en raison de l'imbrication des règles de fond et de forme en matière d'établissement de la filiation¹⁷¹ ». La question de la loi applicable à la filiation comportant un élément d'extranéité au stade de la méthode conflictuelle ou au stade de la reconnaissance d'un lien de filiation établi à l'étranger¹⁷² est donc fondamentale. Comme nous l'avons vu, en l'absence de règlement européen en la matière les États membres disposent d'une pleine autonomie pour régir tant leur droit substantiel de la filiation, que leur droit international privé de la filiation¹⁷³.

Lorsque nous pensons aux conflits de loi, nous pensons tout de suite à la règle de conflit de loi bilatérale « Savinienne » qui désigne la loi applicable à la situation, de façon neutre et indirecte. Cependant, cette méthode en droit de la filiation ne fait pas consensus. En effet, les pays de Common law ne connaissent pas de règle de conflit de loi régissant la filiation¹⁷⁴. Ils appliquent directement la *lex fori* niant l'application d'une loi étrangère. C'est le cas notamment de Chypre et de l'Irlande.

Dans les pays dits de droit civil, chacun dispose d'une, ou plusieurs, règles de conflit de loi en matière de filiation. Ces règles de conflits de lois n'étant pas unifiées en droit communautaire, on observe une diversité de critères de rattachements choisis par les États. Les États retiennent comme critère de rattachement pour déterminer la loi applicable à l'établissement de la filiation de l'enfant tantôt sa nationalité¹⁷⁵ comme c'est le cas dans le droit polonais, tantôt sa résidence habituelle¹⁷⁶ comme c'est le cas en droit allemand, ou encore la nationalité de la mère¹⁷⁷ comme c'est le cas en droit français. Regardons successivement comment opère ce système conflictuel en droit de la filiation dans chacun de ces États.

Le droit allemand favorise l'établissement d'une filiation. En vertu de l'article 19 EGBGB, il retient comme critère de rattachement principal la résidence habituelle de l'enfant. Mais dans la relation avec chacun des parents, la filiation peut être établie selon le droit national de ceux-ci. Il retiendra alors comme critère de rattachement la nationalité des parents. En outre, le statut marital de la mère au moment de la naissance de l'enfant peut être déterminant pour trancher la question du lien de filiation¹⁷⁸. Par ailleurs, dans le cas où le consentement de l'enfant est nécessaire, l'intérêt de l'enfant peut commander son application¹⁷⁹.

¹⁷⁰ Par ex., la force probante de l'acte de naissance

¹⁷¹ P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, M. FARGE, *op.cit.*, p.490.

¹⁷² V. *infra*, n° 42.

¹⁷³ V. *supra*, n° 11.

¹⁷⁴ V. en ce sens S. PFEIFF, *op.cit.*, p. 608.

¹⁷⁵ Article 56§1 de la loi de droit international privé polonaise.

¹⁷⁶ Article 19 de l'EGBGB allemand.

¹⁷⁷ Article 311-14 du code civil français.

¹⁷⁸ Article 14 de l'EGBGB ; V. Portail européen e-Justice, Quelle est la loi nationale applicable ?, : https://e-justice.europa.eu/340/FR/which_country_s_law_applies, §3.4.1 de la page « Droit allemand ».

¹⁷⁹ §23 EGBGB.

En droit grec, la loi applicable est différente selon que l'enfant est né dans le mariage ou hors mariage¹⁸⁰. C'est donc un système complexe en deux étapes puisqu'il faut préalablement déterminer si l'enfant est né dans le mariage par une règle de conflit déterminée. Puis selon le résultat, appliquer la règle de conflit prévue pour chacun des cas.

Le droit polonais prévoit quant à lui une règle de conflit qui désigne la loi nationale de l'enfant au moment de sa naissance¹⁸¹.

Enfin, le droit français dispose à l'article 311-14 du code civil¹⁸² « que la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ». Ainsi le droit français retient comme critère de rattachement principal la nationalité de la mère de l'enfant au jour de sa naissance, sauf si celle-ci s'avère être inconnue. Cette règle de conflit a suscité de vives critiques par la doctrine. Pour certains auteurs ce rattachement qui se fonde sur l'idée que la mère est toujours connue¹⁸³, est satisfaisant en ce qu'il est « l'élément le moins aléatoire d'une situation dans laquelle le père est le plus souvent recherché et la loi personnelle de l'enfant précisément dans la dépendance de l'établissement de la filiation¹⁸⁴ ». Toutefois, des critiques ont été avancées quant au fait que « ce rattachement traduit mal le centre de gravité entre l'enfant et le père recherché lorsque ces derniers sont étroitement intégrés à la communauté française »¹⁸⁵ et que la règle de conflit de loi désigne une loi étrangère. En outre, ce rattachement est critiquable en tant qu'il porte atteinte à l'égalité des sexes¹⁸⁶.

Le législateur a cédé au particularisme en produisant d'autres règles de conflit spéciales étroitement liées à certaines orientations du droit interne. Tout d'abord, l'article 311-15 du code civil prévoit une règle de conflit de loi spéciale en matière de possession d'état. Cette dernière, comme nous l'avons vu, est une singularité du droit français. Pour qu'elle puisse jouer dans une situation internationale, le législateur a dû prévoir une règle de conflit de loi spéciale dans le cas où la filiation serait régie par une loi étrangère. Ainsi, du fait de l'intégration de la situation dans le for français par la résidence de l'enfant ou de l'un des parents « la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française¹⁸⁷ ». Pour certains auteurs, dès que les conditions de l'article 311-15 du code civil sont réunies, cette règle serait une loi d'application

¹⁸⁰ V. Portail européen e-Justice, op.cit., §3.4.1 de la page « Droit grec ».

¹⁸¹ Article 55.1 de la loi DIP polonaise.

¹⁸² V. loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.

¹⁸³ Avec l'avènement de la gestation pour autrui cette justification est contestable.

¹⁸⁴ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé Tome 1 : partie générale*, PUF Thémis, 5^{ème} édition, 2021, p. 205.

¹⁸⁵ Ibid. Les auteurs font mention que cette critique doit être relativisée du fait de l'application des correctifs de l'article 311-14, le renvoi et l'exception d'ordre public international.

¹⁸⁶ V. Y. LECQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 22^e ed. 2016, §233.

¹⁸⁷ Article 311-15 du code civil français.

immédiate¹⁸⁸. Enfin, tout comme le droit allemand, le droit français favorise l'établissement de la filiation en matière de reconnaissance. Selon l'article 311-17 du code civil, en tant que règle de conflit de loi à coloration matérielle¹⁸⁹, la reconnaissance est valable si elle a été faite en conformité soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant.

41. Dans certains États membres, le choix de loi est possible par les parents¹⁹⁰. Ajoutée à cette possibilité de choix de loi, la disparité des règles de conflit de lois retenues par les États membres laisse craindre d'une part, la création de situations boiteuses au stade du contrôle conflictuel, et d'autre part, l'avènement d'un forum shopping en droit de la filiation sur le territoire européen. Pour vérifier ces hypothèses il convient d'étudier les différentes méthodes de reconnaissance retenues par chaque État membre.

B. Des méthodes de reconnaissance disparates

42. La question de la reconnaissance des actes juridiques étrangers au sein de l'ordre juridique du for est une question centrale du droit international privé. Le vocabulaire juridique Cornu définit le terme reconnaissance comme « l'admission dans un état de tout ou partie des effets d'un acte émanant d'une autorité étrangère¹⁹¹ ». C'est en cette signification qu'il sera fait utilisation du mot « reconnaissance ».

43. Comme nous l'avons constaté le droit de la filiation est une matière où une multitude d'acte juridique se rencontrent¹⁹². Le lien de filiation peut émaner d'une décision de justice, d'un acte notarié, ou encore d'un acte de naissance. Au sein de l'Union européenne on estime que seulement 1% des filiations sont établis par décision de justice, le reste émanant d'actes authentiques¹⁹³. Chaque État dispose d'une pleine autonomie pour établir ses règles de reconnaissance transfrontière des liens de filiation. Ces méthodes d'accueil varient selon que lien de filiation est établi par un acte public étranger (1.) ou par une décision de justice (2.).

1- La reconnaissance du lien de filiation établi par un acte public étranger

¹⁸⁸ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé Tome 1 : partie générale*, PUF Thémis, 5^{ème} édition, 2021, p. 207.

¹⁸⁹ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2022, p.207.

¹⁹⁰ Bien que ce choix soit limité et encadré c'est le cas aux Pays-Bas, en Estonie, et en Bulgarie. V. Rapport de l'ICF, *op.cit.*, p.161.

¹⁹¹ V. Vocabulaire juridique Cornu, PUF, 15^{ème} édition, 2024, p. 872.

¹⁹² V. *supra*, n° 24 et 25.

¹⁹³ V. Rapport ICF, *op. cit.*, p. 65.

44. Lorsque l'autorité d'accueil est confrontée à deux actes distincts, comme une décision judiciaire et un acte de naissance, se pose parfois la question de la qualification de l'acte. En effet, en droit de la filiation, une décision judiciaire peut ordonner la rédaction d'un acte de naissance. En droit français si une décision judiciaire est rendue avant la naissance des enfants, c'est bien le jugement qui fera l'objet de l'accueil au sein de l'ordre juridique français, et non l'acte de naissance¹⁹⁴. En conséquence, dès qu'une décision de justice est rendue à l'égard du lien de filiation, les autorités publiques françaises devront appliquer les conditions de régularité des jugements étrangers¹⁹⁵. Si aucune décision judiciaire étrangère n'a été rendue, le droit français se fonde sur le caractère décisionnel de l'acte pour savoir quelle méthode adopter pour reconnaître le lien de filiation établi à l'étranger. Parfois, l'intervention de l'autorité publique étrangère est simplement « réceptive¹⁹⁶ », se bornant à authentifier un acte juridique privé, lequel reste soumis au conflit de lois. En conséquence, pour reconnaître le lien de filiation issu d'un acte public étranger purement réceptif il faudra appliquer la méthode des conflits de lois. Parallèlement, il y a « les actes où l'autorité publique exerce un pouvoir décisionnel naturellement soumis à la méthode de la reconnaissance¹⁹⁷ ».

En droit de la filiation, les deux actes émanant d'une autorité publique étrangère en cause sont les actes de naissance (**a.**) et les actes authentiques notariés (**b.**). Ainsi, il convient d'étudier comment s'opère la reconnaissance de ces deux types d'actes.

a. L'acte de naissance étranger

45. Un acte de naissance est un acte d'état civil authentique constatant la naissance d'un enfant et désignant l'ensemble des informations relatives à sa naissance, dont la mention de ses deux parents. Il faut distinguer l'enveloppe de l'acte d'état civil, l'*instrumentum*, qui fait l'objet d'une libre circulation sur le territoire européen en tant qu'instrument probatoire en vertu du règlement 2016/1191¹⁹⁸, du contenu de l'acte d'état civil, le *negotium*. En effet, les effets juridiques attachés au contenu de l'acte restent soumis aux règles de reconnaissance de chaque État¹⁹⁹. C'est bien les effets juridiques attachés au contenu de l'acte de naissance qui doivent être reconnu par l'État requis pour que la filiation puisse y produire effet.

¹⁹⁴ V. Cass. Civ. 1^{re}, 3 novembre 2021, n°20-50.005. « Un acte de naissance dressé en exécution d'une décision de justice est indissociable de celle-ci, dont l'efficacité, même si elle existe de plein droit, reste toujours subordonnée à sa propre régularité internationale. ; V. S. PFEIFF, op. cit., pp. 593-594.

¹⁹⁵ V. *infra*, n° 47 et 48.

¹⁹⁶ V. D. BUREAU ET H. MUIR WATT, *Droit international privé Tome 1: partie générale*, PUF Thémis, 5^{ème} édition, 2021. Les auteurs reprennent les propos de Motulsky.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Les actes d'état civil européen sont exemptés des procédures d'apostille et de légalisation.

¹⁹⁹ V. article 2 du règlement 2016/1191.

Le droit français considère l'acte de naissance comme un document probatoire. Selon la doctrine française, les actes de naissance sont des actes non décisionnels²⁰⁰ dotés de trois effets matériels : l'effet de fait, l'effet de titre, et la force probante²⁰¹. L'acte de naissance étant un acte non décisionnel, il faut en conséquence appliquer la règle de conflit de loi du for pour vérifier la validité du lien de filiation selon la loi désignée. En cas de réponse négative le lien de filiation ne pourra pas être reconnu. En conséquence, l'acte de naissance ayant un effet probatoire, la transcription d'un acte de naissance étranger d'un enfant de nationalité française ne permet pas en France la reconnaissance du lien de filiation qui en découle²⁰². C'est pourquoi le ministère public peut toujours se saisir sur le fondement de l'article 336 du code civil pour en contester la validité. La Cour de cassation l'a rappelé à l'occasion du contentieux de la gestation pour autrui, « une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation²⁰³ ».

Au sein du territoire communautaire, la reconnaissance du *negotium* des actes de naissance ne fait pas l'objet de règles uniformes. L'officier de l'état civil est toujours l'autorité compétente pour s'assurer de la reconnaissance d'un acte de naissance. Dans certains États, l'acte de naissance est reconnu automatiquement dès lors qu'il est valide et dispose d'un effet contraignant dans l'État membre d'origine, c'est le cas du Portugal²⁰⁴. La majorité des États exigent des conditions supplémentaires, comme un contrôle de fond²⁰⁵. Enfin, la reconnaissance du lien de filiation constaté par l'acte de naissance est soumise dans certains États, comme la Belgique ou l'Espagne, à l'application de leur propre règle de conflit de loi²⁰⁶, tout comme en France. Certains États appliquent même leur règle de compétence pour refuser l'acte de naissance étranger, comme la Bulgarie²⁰⁷.

b. L'acte authentique notarié étranger

46. Les actes authentiques sont des instruments issus de la tradition civiliste²⁰⁸. C'est pourquoi les États membres de Common law, comme l'Irlande ou Chypre, ne connaissent pas de la notion

²⁰⁰ V. P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2012, Editions A. Pedone, 2013, pp.2-3.

²⁰¹ C. BIDAUD, « La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français », *Revue critique de droit international privé*, 2020, p.247.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Cass. Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-12.327. ; V. F. GUILLAUME JOLY, « GPA et exequatur : propos introductif », *AJ Famille*, 2023, p.365.

²⁰⁴ Rapport ICF, op.cit., p.172.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Rapport ICF, op.cit., p.3.

d'« acte authentique ». La Cour de justice de l'Union européenne²⁰⁹ a défini l'acte authentique comme un instrument établi par une autorité publique ou une autre autorité habilitée à cet effet par l'État membre dont il émane. Son authenticité doit porter sur les signatures, mais aussi sur le contenu de l'acte. En droit de la filiation, l'acte authentique notarié, distinct de l'acte de naissance, va surtout jouer à l'égard des reconnaissances de paternité²¹⁰.

En droit français, « toute reconnaissance volontaire d'un enfant naturel faite en pays étranger produit de plein droit ses effets (...) de la même manière que font foi les actes de l'état civil²¹¹ ». La doctrine le qualifie d'acte purement réceptif²¹² comme étant soumis au contrôle conflictuel. C'est pourquoi la Cour de cassation « maintient le *negotium* sous l'égide du conflit de lois²¹³ », tout comme l'acte de naissance.

En droit communautaire, nous pouvons constater au sein des États membres une identité de méthode entre la reconnaissance des actes de naissance et des actes authentiques notariés²¹⁴.

2. La reconnaissance du lien de filiation établi par décision de justice

47. Au sein des États membres il existe une corrélation entre le libéralisme du droit interne de la filiation et les systèmes de reconnaissance des décisions de justice étrangères. Reconnaître une décision au sein de l'ordre juridique du for implique d'admettre que la décision étrangère pourra y produire ses effets « autres que ceux qui entraîneraient des mesures d'exécution²¹⁵ », soit son efficacité substantielle et son autorité de la chose jugée. En France, les décisions étrangères en matière d'état des personnes et de capacité sont reconnues de plein droit, sans procédure particulière, au nom de la continuité du statut personnel²¹⁶. Autrement dit, une décision étrangère établissant un lien de filiation bénéficiera de l'autorité de la chose jugée en France, et de l'efficacité substantielle sous réserve de la régularité internationale du jugement. En effet, les parties et le ministère public peuvent saisir le juge français pour contester la régularité internationale de la décision constant ce lien de filiation. Le juge français devra alors mettre un oeuvre les conditions de régularité des jugements étrangers de l'arrêt *Cornelissen*²¹⁷ : la compétence indirecte du juge étranger fondée par l'absence de compétence exclusive du juge

²⁰⁹ CJCE, 17 juin 1999, *Unibank*, C-260/97.

²¹⁰ V. *supra*, point 24.

²¹¹ V. Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 1992, n°91-14.567.

²¹² V. D. BUREAU ET H. MUIR WATT, *Droit international privé Tome 1: partie générale*, PUF Thémis, 5^{ème} édition, 2021, p.763 et suivants.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Rapport ICF, op. cit., p. 173.

²¹⁵ V. Vocabulaire juridique Cornu, op. cit., p. 872

²¹⁶ Cass. civ., 28 février 1860, *Bulkley* ; Cass. civ., 9 mai 1900, *Wrède*.

²¹⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Cornelissen*, n°05-14.082.

français et un lien caractérisé avec le litige, l'absence de contrariété à l'ordre public de fond et de procédure²¹⁸, ainsi que l'absence de fraude à la loi.

Les jugements étrangers ne bénéficiant pas de la force exécutoire *de plano*, le juge français peut également être saisi, à titre principal ou subsidiaire, en *exequatur* du jugement étranger établissant un lien de filiation. Cette action en *exequatur* n'a pas pour objectif de « faire exécuter » la décision étrangère, mais « de contrôler sa régularité internationale afin de lui faire produire ses effets dans notre ordre juridique et de pouvoir la faire transcrire sur les registres de l'état civil²¹⁹ ». Dans un arrêt *Garino*²²⁰ elle a jugé qu' : « il n'est pas interdit de recourir à cette procédure en vue de faire établir (...) la régularité du jugement étranger ». Dès que les conditions de l'arrêt *Cornelissen* sont remplies, la décision étrangère est déclarée exécutoire²²¹ sur le sol français. Un acte de naissance français, conforme à l'acte de naissance étranger dressé sur la base de la décision étrangère, pourra être établie.

Le contentieux de l'exequatur en droit de la filiation est grandissant en France depuis l'adoption de la loi bioéthique en 2021. La modification de l'article 47 rendant désormais impossible la transcription des actes de naissances étrangers à l'égard du parent d'intention, l'exequatur du jugement préalable à la rédaction de l'acte de naissance devient une voie privilégiée pour les parents d'intention²²². Cette stratégie judiciaire des parents est révélatrice d'une certaine souplesse des conditions de l'arrêt *Cornelissen* en droit de la filiation face au système de reconnaissance des actes de naissance²²³. De plus, l'*exequatur* apporte des garanties de stabilité de la parenté analogues à une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation contrairement à la transcription de l'acte de naissance.

48. Sur l'ensemble du territoire européen ce système de reconnaissance *de plano* est connu de huit États membres seulement²²⁴, comme en Pologne ou en Espagne. Au sein des autres États une procédure de reconnaissance est nécessaire. Leurs modalités varient sensiblement d'un État à un autre. En Bulgarie, la reconnaissance d'un jugement ne pourrait être demandée dans le cadre d'une procédure spéciale qu'après un refus de l'officier de l'état civil de le reconnaître, ou accessoirement dans le cadre d'un autre litige. Au Portugal, si le lien parental découle d'un jugement prononcé par un tribunal étranger, il doit être réexaminé et confirmé au Portugal.

²¹⁸ V. *infra*, n°54 et suivants.

²¹⁹ A. BOICHÉ, La procédure d'exequatur, *AJ Famille*, 2023, p.369.

²²⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, n° 78-14.037. In : A. BOICHÉ, *op.cit.*, p. 369.

²²¹ L. 111-3.2 du code de procédure civile d'exécution.

²²² Cass. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, n° 78-14.037. V. A. BOICHÉ, *op.cit.*, p.369

²²³ V. *Ibid*. L'auteur explique qu'en droit positif l'ordre public international ne peut plus être opposé aux filiations des enfants nés par gestation pour autrui, ni même la fraude à la loi. Les conditions de l'arrêt *Cornelissen* deviennent alors beaucoup plus souples que les conditions de l'article 47 du code civil.

²²⁴ Rapport ICF, *op. cit.*, p. 163.

49. **Conclusion du chapitre.** Cette étude de droit comparé nous a permis de comprendre que les principales divergences dans le droit substantiel de la filiation des États membres étaient relatives aux modèles familiaux s'émancipant du schéma familial traditionnel. L'homoparentalité et la parentalité d'intention en sont les principaux exemples. De plus, les règles de droit international privé des États membres sont mises au service du droit substantiel par chaque État pour protéger les valeurs familiales soutenues, renforçant un peu plus ces divergences. Ces singularités nationales transposées dans l'ordre juridique international, peuvent être érigées en obstacle à la circulation de la filiation du citoyen européen.

Chapitre 2. Les obstacles à la circulation de la filiation du citoyen européen

50. Les divergences en droit de la filiation étudiées dans le chapitre premier sont significatives tant à l'égard des règles nationales que des règles de droit international privé. Ces règles de droit international privé vont être mobilisées par les États membres, au stade de la reconnaissance, pour s'opposer à la réception du lien de filiation établi à l'étranger (**section 1.**). Ces obstacles à la circulation de la filiation du citoyen européen sont le vecteur de statuts boiteux à l'égard du citoyen européen au stade de la reconnaissance du lien de filiation légalement constitué dans l'État d'accueil (**section 2.**).

Section 1. Les mécanismes de droit international privé comme obstacles à la circulation du lien de filiation

51. Dans l'ordre international, lorsque l'enfant est né à l'étranger et que sa filiation y est localement établie, les circonstances familiales peuvent nécessiter une réception du lien de filiation par l'autorité de l'Etat recueilli en vue de sa reconnaissance. « Le tourisme procréatif ²²⁵ » conduit certains futurs parents désireux de faire un enfant par procréation naturelle à braver leurs statuts personnels prohibitifs²²⁶. Ce phénomène conduit les parents « à faire valoir leur situation dans leur pays d'origine ²²⁷ ». Se pose alors le problème de la reconnaissance de ce lien de filiation au sein du for. Les mécanismes de droit international privé s'opposent aux manœuvres des parents qui demandent la reconnaissance du lien de filiation établi depuis l'étranger dans l'État d'origine. Il

²²⁵ V. D. SINDRES, « Tourisme procréatif et droit international privé », *JDI*, 2015, p. 429.

²²⁶ V. C. PONS, *op.cit.*, pp. 121-122.

²²⁷ *Ibid.*

convient d'étudier l'impact du contrôle de la loi appliquée à la filiation par la mise en oeuvre de la méthode conflictuelle (§.1), mais également de l'exception d'ordre public international et de la fraude (§.2).

§1. Le contrôle de la loi appliquée par la mise en oeuvre de la méthode conflictuelle

52. Au stade de la reconnaissance du lien de filiation constaté par un acte authentique étranger²²⁸ certains États, dont la France²²⁹, appliquent leurs propres règles de conflit au lien de filiation en cause²³⁰. Dès lors, si la loi désignée par la règle de conflit du for ne permet pas l'établissement du lien de filiation constaté par l'acte de naissance, il ne peut faire l'objet d'une reconnaissance au sein de l'ordre juridique du for. Deux facteurs sont responsables de cet obstacle à la reconnaissance du fait du contrôle de la loi appliquée par l'État de naissance de l'enfant : les règles de conflit de lois différentes ainsi que les règles de droit substantiel de la filiation différentes retenues par les deux États en cause.

Nous pouvons l'illustrer par l'étude d'un cas concret²³¹. En supposant qu'une femme de nationalité française, épouse un homme de nationalité Belge. Le couple divorce et la femme donne naissance à un enfant deux semaines après en Belgique. L'officier d'état civil Belge qui s'occupe de la déclaration de naissance va appliquer la règle de conflit belge qui désigne la loi personnelle au jour de la naissance de l'enfant de la personne dont l'établissement du lien de filiation est en cause²³². Il va donc appliquer la loi belge à l'égard de la filiation paternelle, pour désigner l'ex-mari sur l'acte de naissance comme le père de l'enfant²³³. En parallèle, l'épouse française s'adresse au consulat français pour retranscrire l'acte de naissance Belge. Ce dernier va appliquer la règle de conflit de loi française qui désigne la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant²³⁴, donc la loi française. Cependant, en droit français la présomption de paternité joue jusqu'à trois cents jours après l'introduction de la demande en divorce et non pas du prononcé du divorce²³⁵. Si le délai de présomption de paternité est dépassé elle ne pourra donc pas jouer en l'espèce. Sauf reconnaissance de paternité, « l'enfant aura dès lors un père en

²²⁸ Incluant les actes de naissance et les actes notariés.

²²⁹ V. Rapport ICF, *op.cit.* p. 172. Le rapport mentionne que huit États membres mettent en oeuvre leur propre règle de conflit de loi au stade de la reconnaissance d'un acte de naissance ou d'un acte notarié.

²³⁰ Nous pouvons noter que certains États opposent également leurs règles de compétence internationales ; V. Rapport ICF, *op. cit.*, p.167.

²³¹ S. PFEIFF, *op.cit.*, p.600. L'étude de ce cas de situation boiteuse est tirée de la présente monographie.

²³² V. article 62.1 du code de droit international privé Belge.

²³³ L'article 315 du code civil belge retient que la présomption de paternité joue jusqu'à trois cents jours après le divorce.

²³⁴ Article 311-14 du code civil français.

²³⁵ Article 313 du code civil français.

Belgique mais n'en aura pas en France²³⁶ » du fait de la différence entre les deux règles de conflit et droits substantiels de la filiation.

En conséquence, la méthode conflictuelle de l'État requis vient s'ériger en obstacle à la continuité du lien de filiation du citoyen européen.

§2. L'exception d'ordre public international et la fraude à la loi

53. Le droit de la filiation étant une matière emprunte de considérations politiques c'est naturellement que, pour protéger les considérations retenues au sein de leur droit national, les États brandissent l'exception d'ordre public international comme bouclier contre les liens de filiations contraires à leurs valeurs nationales (A.). Le tourisme procréatif a également pu conduire les juridictions nationales à utiliser la notion de fraude pour refuser de reconnaître un lien de filiation (B.).

A. L'exception d'ordre public international

54. Tous les États membres utilisent l'exception d'ordre public international comme motif de refus de reconnaissance d'un lien de filiation²³⁷. En France, la notion d'« ordre public international » peut être définie comme « l'ensemble des principes de justice universelle considérées dans l'opinion française comme douées de valeurs internationales absolues²³⁸ ». En droit de la filiation, l'ordre public national français renvoie aux principes tels que « l'intérêt supérieur de l'enfant, le droit au respect de la vie privée et les principes d'égalité et de non-discrimination²³⁹ », mais également « le respect de l'intégrité du corps humain, l'indisponibilité de l'état civil, ou encore le consentement des parents à l'adoption²⁴⁰ ».

Chaque État disposant d'une conception singulière du droit de la filiation, le contenu de l'ordre public de chaque État est naturellement différent. En l'absence de règlement européen de droit dérivé, l'exception d'ordre public international en droit de la filiation échappe au contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne²⁴¹ sauf lorsqu'une décision rendue par une juridiction

²³⁶ S. PFEIFF, *op.cit.*, p.600

²³⁷ Rapport ICF, *op. cit.*, p.172.

²³⁸ Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour* ; V. Grands arrêts de droit international privé n°19.

²³⁹ A. MARIGNANI, « Quelle place pour l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance dans l'avenir de la filiation en droit international privé ? », *AJ Famille*, 2024, p.84.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ V. CJUE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98.

d'un État membre porte atteinte au droit primaire de l'Union²⁴². De ce fait, les États sont libres dans la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public international en droit de la filiation²⁴³.

55. L'exception d'ordre public international est mobilisée par les États membres à la fois au stade de la transcription de l'acte de naissance étranger au sein de l'état civil du for²⁴⁴, et à la fois lors de la procédure de reconnaissance d'une décision étrangère établissant un lien de filiation.

En France²⁴⁵, l'exception d'ordre public international a été mis en oeuvre dans le contentieux en matière de gestation pour autrui. Les juges français s'opposent à la transcription d'un acte de naissance étranger « établi en exécution d'une décision étrangère fondée sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français²⁴⁶ ». La Cour de cassation française considère en 2011 « qu'il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui²⁴⁷ ». En l'espèce, le lien de filiation avait été établi en Californie²⁴⁸. Dès lors, « l'ordre public atténué²⁴⁹ » aurait pu jouer pour permettre de faire produire sur le sol français les effets attachés à ce lien de filiation. Toutefois, « l'interdit est tellement absolu qu'il s'oppose à cet effet atténué²⁵⁰ ». En l'espèce, les couples ayant eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger avaient vocation à vivre en France, l'ordre public international permet alors de protéger un « certain ordonnancement de la société française²⁵¹ ». Néanmoins, l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme est venue redessiner les contours de l'ordre public international en matière de gestation pour autrui²⁵². L'absence de réalité biologique intervient désormais comme le seul obstacle à la reconnaissance des liens de filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui, « qui vient

²⁴² V. *infra*, Partie II, Chapitre 1, Section 1, §2 ; CJUE, 14 décembre 2021, *Stolichna obshina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20.

²⁴³ Sous réserve, évidemment, du respect des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁴⁴ V. Article 423 code de procédure civil français.

²⁴⁵ Mais également, dans tous les États prohibant la parentalité d'intention.

²⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n°10-19.053. V. encore, Cass. Ass. plen., 3 juillet 2015, n°15-50.002.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Bien qu'on pourrait transposer les faits d'espèce à une situation intra-européenne dès lors que la gestation pour autrui est accessible pour les étrangers en Grèce.

²⁴⁹ V. Cass. civ. 1^{re}, 17 avril 1953, *Rivière*.

²⁵⁰ C. PONS, *op. cit.*, p.128 ; V. également B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2022. Pour les auteurs, l'ordre public atténué ne peut jouer que si « les droits acquis à l'étranger aient été acquis « sans fraude » ».

²⁵¹ S. BOLLÉE, « La gestation pour autrui en droit international privé », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2014, p. 215 et s.

²⁵² V. CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req n°65192/11 ; CEDH, avis, 10 avril 2019, n°P16-2018-001.

remplacer celui de l'ordre public international²⁵³ ». Pour certains auteurs²⁵⁴, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'ordre public international ne peut plus être opposé à un jugement étranger qui constate la gestation pour autrui. Toutefois, la modification de l'article 47 du code civil²⁵⁵ par le législateur français montre bien la volonté de protéger le plus possible le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes au sein de l'ordre juridique français, si ce n'est par l'exception d'ordre public international. Le projet de code de droit international privé publié par le ministère de la justice conduit à s'interroger sur la pérennité de cette solution en droit français²⁵⁶.

56. Au sein des États prohibant l'homoparentalité, eu égard à leur conception de la parentalité, l'exception d'ordre public international est également opposée aux actes de naissance et aux décisions judiciaires constatant la double filiation maternelle ou paternelle. Contrairement à la jurisprudence en matière de gestation pour autrui, ce refus est indifférent au mode de procréation utilisé, puisqu'il est fondé sur le sexe des parents. L'étude de l'arrêt *Pancharevo*²⁵⁷ dans la seconde partie de cette réflexion²⁵⁸ permettra de mettre en lumière comment l'exception d'ordre public international est opposée aux familles homoparentales.

Il convient désormais de s'intéresser à l'obstacle que constitue la fraude à la loi.

B. La fraude à la loi

57. Lorsque les parents d'intention se rendent à l'étranger dans l'objectif d'avoir des enfants tout en se soustrayant à leur statut personnel prohibitif, à leur retour il peut leur être opposé l'exception de fraude à la loi²⁵⁹. La notion de fraude en droit de la filiation s'éloigne de la fraude à la loi de droit international privé qui consiste en la modification artificielle du facteur de rattachement pour viser l'ensemble du « processus frauduleux²⁶⁰ ». C'est en ce sens que les juridictions françaises ont opposé l'exception de fraude à la loi aux parents ayant eu recours à une gestation

²⁵³ V. C. PONS, op. cit., p. 137.

²⁵⁴ A. BOICHÉ, La procédure d'exequatur, *AJ Famille*, 2023, pp.365-392. « (...) compte tenu de la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de cassation en matière de GPA, il paraît injustifié d'opposer l'ordre public international à la reconnaissance d'un jugement étranger établissant le lien de filiation entre l'enfant né d'une convention de mère porteuse et ses parents d'intention »

²⁵⁵ Loi sur la bioéthique du 2 août 2021.

²⁵⁶ V. A. MARGNANI, « Quelle place pour l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance dans l'avenir de la filiation en droit international privé ? », *AJ Famille*, 2024, p.84 et s. L'auteur explique que l'article 63 du projet permettrait « l'établissement juridictionnel du double lien de filiation entre l'enfant né d'une mère porteuse et les parents d'intention deviendrait possible ».

²⁵⁷ CJUE, *Stolichna obshtina, rayon « Pancherevo »*, 14 décembre 2021, C-490/20.

²⁵⁸ V. *infra*, n°74 et s.

²⁵⁹ V. article 336 du code civil français. Le ministère peut se saisir pour contester un lien de filiation « en cas de fraude à la loi ».

²⁶⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

pour autrui, ou à une procréation médicalement assistée à l'étranger, souhaitant imposer une « politique du fait accompli²⁶¹ » à leur retour en France.

En 2013²⁶², puis en 2014²⁶³, la Cour de cassation française oppose la fraude à la loi aux parents d'intention pour ne pas reconnaître le lien de filiation de l'enfant issu d'une gestation pour autrui. La politique du fait accompli ne portait pas ses fruits.

A l'égard des couples de femmes ayant eu recours à des procréation médicalement assistée à l'étranger, les juges français ont eu une position plus clémente. Les juges du fond²⁶⁴ écartent la fraude à la loi face à la demande d'adoption plénière de l'épouse de la femme qui a accouché de l'enfant. Cette différence de traitement s'explique, d'une part, parce que bien qu'avant la loi bioéthique de 2021 les couples de femmes ne pouvaient réaliser de procréation médicalement assistée sur le sol français, aucune disposition ne l'interdisait explicitement contrairement à la gestation pour autrui²⁶⁵ et, d'autre part, parce que la loi belge en l'état ne portait pas atteinte aux valeurs fondamentales françaises²⁶⁶.

58. Toutefois, l'exception de fraude à la loi a très vite été abandonnée par les juridictions françaises. Son effet principal étant de s'opposer à la reconnaissance du lien de filiation, elle conduit « à punir l'enfant de la faute de ses parents²⁶⁷ ». Nous sommes dans la logique opposée de l'intérêt supérieur de l'enfant *in concreto*, de « la faveur à l'enfant innocent²⁶⁸ » pour reprendre les propos du Doyen Batiffol. De plus, « la maxime *fraus omnia corrumpit* ne peut avoir pour effet de punir une tierce personne étrangère à la fraude éventuelle²⁶⁹ ». Ces considérations à l'égard de l'enfant ont naturellement conduit les juridictions à se rediriger vers l'exception d'ordre public international²⁷⁰.

L'étude méthodologique des obstacles à la circulation de la filiation étant accomplie, nous pouvons nous intéresser à leurs effets directs sur le citoyen européen.

²⁶¹ S. PFEIFF, *op. cit.*, p.597.

²⁶² Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n^{os} 12-30138 et 12-18315.

²⁶³ Cass. Civ. 1^{re} 19 mars 2014, *op. cit.*

²⁶⁴ TGI Nanterre, 8 juillet 2014, n^o13/14804.

²⁶⁵ M. CRESP (coord.) J. HAUSER, M. HO-DAC (coord.), *Droit de la famille : Droit français, européen, international et comparé*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2017, p.11.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ V. H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », *Dalloz actualité*, 2014, 25 septembre 2014.

²⁶⁸ H. BATIFFOL, « Conflits mobiles et droit transitoire », in Mélanges Paul Roubier, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p.39-52, reproduit dans Choix d'Articles, Paris, LGDJ, 1976, p.189-198, p.197, in S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2022.

²⁶⁹ S. PFEIFF, *op. cit.*, p. 598.

2017

²⁷⁰ Certains auteurs proposent d'agir sur le plan pénal contre les parents qui ont l'initiative du tourisme procréatif. V. D. BUREAU ET H. MUIR WATT, *Droit international privé Tome 2 : partie spéciale*, PUF Thémis, 5^{ème} édition, 2021, p.240.

Section 2. La création de filiations boiteuses sur le territoire européen

59. Lorsque l'autorité publique de l'État requis refuse de reconnaître le lien de filiation acquis à l'étranger, cette situation crée un statut personnel boiteux pour le citoyen européen (§1.). Ces situations boiteuses empêchent, en pratique, au citoyen européen de jouir pleinement de ses droits (§2.).

§1. La caractérisation du statut boiteux en droit de la filiation

60. En droit international privé, un statut boiteux peut être supporté par une personne qui se voit refuser la reconnaissance d'un élément de son statut personnel par l'État requis. Ces statuts sont en quelque sorte « amputés d'une partie de leur validité territoriale²⁷¹ ». Ils traduisent « de l'incapacité des règles nationales de droit international privé à assurer une coordination harmonieuse des différents ordres juridiques nationaux²⁷² ». Certains auteurs vont jusqu'à qualifier ces statuts boiteux de « cancer du droit international privé²⁷³ ».

Les États, lorsqu'ils invoquent leurs propres mécanismes de droit international privé²⁷⁴ pour refuser de reconnaître un élément du statut personnel d'un individu pensent avant tout à protéger leur ordre juridique interne plutôt qu'à la continuité de ce statut personnel et à l'harmonie internationale des solutions²⁷⁵. Comme nous l'avons vu, le droit de la famille est une matière où le droit matériel et le droit international privé restent largement national. C'est pourquoi ces statuts persistent en droit de la famille.

61. Le citoyen européen qui fait usage de sa liberté de circulation²⁷⁶ peut être victime de la non-reconnaissance de son lien de filiation avec son, ou ses parents. Pour comprendre la caractérisation d'un statut boiteux en droit de la filiation, il convient d'étudier quatre cas concrets²⁷⁷.

²⁷¹ S. PFEIFF, *op. cit.*, p.20. L'auteure fait une comparaison avec la définition proposée par P. PICONE : « situations qui, eu égard à un cercle d'ordres juridiques composé toujours du for et d'un ou plusieurs ordres étrangers, soient admises à produire leurs effets seulement dans l'ordre du for et pas dans les autres, ou vice versa » (« Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », Recueil des cours, T. 197, 1999, p. 123.

²⁷² *Ibid*, p.24.

²⁷³ V. G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 7e éd., Munich, Beck, 1995, p. 112 ; V. S. PFEIFF, *op. cit.*

²⁷⁴ Leurs règles de conflits de lois, l'exception d'ordre public international et de fraude à la loi.

²⁷⁵ V. S. PFEIFF, *op. cit.*, pp.23-24.

²⁷⁶ V. *infra*, n°74.

²⁷⁷ V. S. PFEIFF, *op. cit.*, Le modèle d'étude de cas est inspiré de l'auteure qui prend l'exemple de « situations potentiellement boiteuses » pour illustrer ses propos.

Dans un premier temps, une situation boiteuse en droit de la filiation peut relever du fait que la parentalité en cause est « inconnue » de l'État requis. Nous pouvons imaginer qu'une procréation médicalement assistée est réalisée en France par une femme française et une femme polonaise disposant d'un droit de séjour régulier en France. La femme française porte l'enfant, mais les deux femmes font une reconnaissance anticipée de l'enfant conformément au droit français²⁷⁸. En conséquence, l'acte de naissance de l'enfant désigne les deux mères comme parent de l'enfant. Pour des raisons familiales le couple décide de retourner en Pologne pour s'y installer définitivement. Le couple entreprend une démarche pour retranscrire l'acte de naissance de l'enfant à l'état civil polonais mais se voit opposer le refus des autorités polonaises pour contrariété à l'ordre public international²⁷⁹. Le statut personnel du citoyen européen est alors boiteux puisque la Pologne ne connaît pas le double lien de filiation maternelle.

Dans un second temps, une situation boiteuse en droit de la filiation peut relever du fait que la parentalité en cause est « prohibée » par l'État requis. En supposant qu'un couple, dont la femme est française et l'homme grec, décide de faire appel à une mère porteuse en Grèce. Après avoir obtenu l'autorisation du juge grec conformément à la loi grecque, l'enfant naît en Grèce, et l'acte de naissance fait mention du père et de la mère d'intention. Les parents souhaitent retranscrire l'acte de naissance en France. Toutefois, le ministère public se saisit et oppose l'article 47 du code civil à l'égard de la mère d'intention. Le lien de filiation à l'égard de la mère d'intention ne correspond pas à la réalité « au regard de la loi française ». L'acte de naissance ne pourra pas être retranscrit tel quel.

Une situation boiteuse peut également relever d'un conflit de filiation. Un arrêt d'un tribunal Roumain²⁸⁰ du 11 mai 2017 a montré que la transcription d'un acte de naissance étranger est refusée lorsque la filiation établie dans l'acte de naissance étranger entre en conflit avec les résultats obtenus conformément au droit roumain. En l'espèce, les autorités italiennes ont enregistré le père biologique qui a reconnu l'enfant. Cependant, la mère était mariée en Roumanie et, en appliquant la présomption légale de paternité, les autorités roumaines ont considéré que le père aurait dû être son mari. La présomption légale de paternité étant d'ordre public, l'acte de naissance ne pourrait pas être transcrit en mentionnant un père autre que le mari de la mère, à moins que la paternité n'ait été contestée avec succès devant les tribunaux conformément aux lois roumaines, ou si l'acte de naissance italien a été modifié et une autre demande de reconnaissance a été soumise. Ainsi, les différences dans les présomptions légales sont des sources de conflit de filiation, et donc créatrices de filiations boiteuses pour le citoyen européen.

²⁷⁸ V. *supra*, n°25.

²⁷⁹ V. CJUE, *Pancharevo*, op. cit.

²⁸⁰ Rapport ICF, op. cit, p.22. ; Tribunal de Vaslui Dossier 987/2017.

Enfin, au sein de quelques États membres le lien de filiation peut être constaté par des accords extrajudiciaires qui ne sont pas des actes authentiques²⁸¹. Toutefois, la majorité des États membres ne reconnaissent pas ce type de document pour établir un lien de filiation²⁸². Des statuts boiteux peuvent donc être issus de la non-reconnaissance d'un acte juridique.

Les filiations boiteuses ont de lourdes conséquences sur la vie du citoyen européen. C'est pourquoi il convient à présent d'en étudier les effets directs sur celui-ci.

§2. Les effets juridiques de ces statuts boiteux

62. Les citoyens européens concernés par des statuts personnels boiteux sont victimes de difficultés juridiques et « de complication, parfois inextricables²⁸³ ». Outre les batailles judiciaires ou administratives lourdes²⁸⁴, ils subissent des effets juridiques contraignants (**A.**). Ces effets peuvent en revanche être adaptés au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant (**B.**).

A. Les effets juridiques contraignants

63. Dès que l'État requis refuse de reconnaître le lien de filiation du citoyen européen, les conséquences sur le terrain des droits civils et sociaux de ces familles sont importantes. Dans un premier temps, l'absence de reconnaissance du lien de filiation sera un problème pour que l'enfant puisse acquérir la nationalité du parent. En effet, l'obtention de la nationalité est subordonnée dans la majorité des États membres à la reconnaissance formelle du lien de filiation²⁸⁵ au sein de celui-ci. Sans obtention de la nationalité, les enfants ne pourront pas obtenir les documents d'identité qui en découlent, ni même l'ensemble des droits sociaux accordés aux ressortissants de l'État membre²⁸⁶. Tous ces facteurs conduiront à ce que la famille de l'enfant qui supporte ce statut boiteux ne s'installe pas dans l'État membre en cause. Leur vie familiale et leur liberté de circulation sont véritablement atteintes. De même, si les parents décident finalement de s'y installer, ce statut boiteux produira ses effets à l'égard des droits civils des parents et de l'enfant²⁸⁷.

B. L'adaptabilité des effets juridiques contraignants au nom de l'intérêt de l'enfant

²⁸¹ Aux Pays-Bas, ou à Chypre. V. Rapport ICF, *op.cit.*, p.17.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ S. PFEIFF, *op. cit.*, p.24.

²⁸⁴ V. Rapport ICF, *op. cit.*, p.18.

²⁸⁵ Rapport ICF, *op. cit.*, p.39. V. par exemple

²⁸⁶ Par ex. les déductions fiscales, les allocations familiales.

²⁸⁷ V. *infra.*, n°87 et s., pour les conséquences de la non-reconnaissance sur le terrain des droits civils.

64. Pour garantir les droits de l'enfant au nom de son intérêt supérieur²⁸⁸, certaines mesures sont adoptées par les États membres pour contrer les effets négatifs du refus de reconnaissance du lien de filiation pour des raisons d'ordre public. Certaines mesures judiciaires sont mises en place comme des expertises psychologiques de l'enfant, son témoignage devant les tribunaux nationaux, ou encore l'attribution du titre de tuteur au parent non reconnu pour que certains aspects de l'autorité parentale lui soient garantis²⁸⁹. L'ouverture à l'adoption par les parents victime de la filiation boiteuse en fait également partie.

En Autriche, les autorités sont tenues de respecter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque décision qu'elles prennent. Cela signifie que l'intérêt supérieur de l'enfant doit avoir la priorité lors de l'évaluation de la possibilité d'une violation de l'ordre public²⁹⁰.

En France, l'enfant peut continuer à vivre chez ses parents malgré la décision de non-reconnaissance du lien de filiation²⁹¹. De même, avant l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme en 2014, la France avait adopté une circulaire²⁹² permettant aux enfants nés d'une gestation pour autrui commanditée par des parents français d'obtenir la nationalité française malgré le refus de reconnaissance du lien de filiation.

L'Allemagne, quant à elle, adopte une approche *in concreto* : les autorités doivent déterminer ce qui serait le mieux pour le bien-être de l'enfant. En cas de décision de non-reconnaissance, les autorités publiques évaluent si l'intérêt de l'enfant commande à ce qu'il vive avec les parents non reconnus, ou adoptent une autre solution²⁹³.

La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans ces décisions permet de réduire les effets négatifs des filiations boiteuses, mais en pratique les discriminations à leurs égards sont toujours réelles.

65. Conclusion du chapitre. Au stade de la reconnaissance du lien de filiation légalement constitué à l'étranger par l'État requis, les deux principaux obstacles à cette reconnaissance constatés sont les divergences des règles de conflit de lois retenues par les États et l'exception d'ordre public international. Les divergences de droit substantiel de la filiation couplées aux mécanismes de droit international privé entraînent la création de filiations boiteuses pour le citoyen européen mobile. Ces situations, bien qu'adaptées au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits fondamentaux, ne sont pas compatibles avec le droit européen primaire et dérivé, qui consacre la

²⁸⁸ Au sens de l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

²⁸⁹ Rapport ICF, *op. cit.*, p.132.

²⁹⁰ *Ibid*, p.177.

²⁹¹ V. par ex. Cass civ. 1re, 6 avril 2011, n°10-19.053. « Qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France ».

²⁹² Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française.

²⁹³ Rapport ICF, *op. cit.*, p.177.

pleine liberté de circulation aux familles européennes. La dysharmonie communautaire en matière de filiation vient s'ériger en obstacle à ces libertés de circulation pour les familles s'émancipant du schéma familial traditionnel.

66. **Conclusion de la première partie.** Le premier axe de cette réflexion a permis, en premier lieu, d'élaborer un panorama du droit de la filiation des États membres. Les droits fondamentaux et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant ont été désignés comme point de convergence. À l'inverse, les filiations mettant en cause les nouvelles techniques de procréation²⁹⁴ et les règles de conflits de lois sont apparus comme les points de divergences principaux. En second lieu, il nous a permis de cibler les causes des obstacles à la circulation de la filiation du citoyen européen. À cette occasion, il a été démontré que les systèmes de reconnaissance des liens de filiation disparates et l'exception d'ordre public international faisaient obstacle à la continuité du statut personnel du citoyen européen au-delà des frontières. L'analyse des conséquences pratiques de ce statut boiteux sur la vie du citoyen mobile a révélé une atteinte à ses droits civils et à sa liberté de circulation. Pour arriver à « reconnaissance mutuelle des relations familiales dans l'Union européenne²⁹⁵ », l'Union devra prendre en compte l'ensemble de ces facteurs.

²⁹⁴ Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui.

²⁹⁵ Discours sur l'état de l'Union de la présidente de la Commission, Mme Von der Leyen, *op.cit.*

PARTIE II. Les libertés de circulation au service de la circulation de la filiation du citoyen européen

67. La création de ces statuts boiteux constatés lors de la première partie a fait émerger un contentieux devant la Cour de justice de l'Union européenne. La Haute juridiction communautaire, dont le rôle principal est d'unifier l'interprétation du droit européen, a eu l'occasion de mobiliser les libertés de circulation garanties aux citoyens de l'Union européenne mobiles pour protéger leurs statuts personnels. De cette jurisprudence ressort les prémices d'un droit à la circulation du lien de filiation sur le territoire européen (**chapitre 1.**) Ce droit garanti par la Cour de justice présentant des lacunes, il est apparu insuffisant pour la Commission européenne laissant alors entrevoir une perspective de libéralisation maximale du droit européen de la filiation (**chapitre 2.**).

Chapitre 1. Les prémices d'un droit à la circulation du lien de filiation au sein de l'Union européenne

68. Afin de pallier l'incompétence de l'Union en droit de la filiation²⁹⁶, la Cour de justice mobilise le droit européen pour imposer une reconnaissance partielle du lien de filiation aux États membres (**section 1.**). Cette solution en demi-teinte laisse apparaître la persistance d'une filiation boiteuse pour le citoyen européen mobile dont le modèle familial ne fait pas consensus au sein des États membres (**section 2.**).

Section 1. Une obligation de reconnaissance partielle du lien de filiation

69. En formulant une obligation positive de reconnaissance partielle du lien de filiation dans l'arrêt *Pancharevo*, la Cour de justice se positionne dans la lignée de sa jurisprudence protectrice du statut personnel du citoyen européen (§1.). La Cour agissant dans le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité, cette obligation de reconnaissance ne peut avoir qu'une étendue limitée (§.2).

²⁹⁶ V. *infra*, n°11.

§1. La protection du statut personnel du citoyen européen au nom des libertés de circulation

70. Pour comprendre la portée de l'obligation de reconnaissance partielle du lien de filiation du citoyen européen (B.), il est nécessaire de s'intéresser à la jurisprudence communautaire protectrice du statut personnel du citoyen européen (A.)

A. L'historique de la jurisprudence communautaire protectrice du statut personnel du citoyen européen

71. L'article 45.1 de la Charte européenne des droits fondamentaux dispose que « tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». La liberté de circulation du citoyen européen, instaurée par le traité de Maastricht, fait donc partie du bloc des droits fondamentaux européen. La Cour de justice rappelle régulièrement la fundamentalité de ce droit de « circuler et de séjourner librement sur le territoire européen²⁹⁷. Cette fundamentalité est également relevée à propos de l'application de la directive 2004/38/CE qui confère un droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres aux membres de la famille du citoyen européen²⁹⁸. En effet, l'Union considère que « pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, [le droit de circuler et de séjourner du citoyen devrait] être également accordé aux membres de leur famille quelle que soit leur nationalité²⁹⁹ ». La notion de membres de la famille du citoyen au sens de la directive comprend le conjoint, le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, les descendants directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou qui sont à charge (incluant ceux du conjoint), ainsi que les ascendants directs³⁰⁰. Chacun d'entre eux pourra, en vertu de la directive, disposer du droit d'entrée, de sortie³⁰¹, ainsi que d'un droit de séjour sur le territoire d'un autre État membre³⁰².

²⁹⁷ CJUE, 7 octobre 2010, *Lassal*, C-162/09. V. point 29 « la citoyenneté de l'Union confère à chaque citoyen de l'Union un droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des EM, sous réserve des limitations et des restrictions fixées par le traité FUE et des mesures adoptées en vue de leur application, la libre circulation des personnes constituant, par ailleurs, l'une des libertés fondamentales du marché intérieur ayant, de surcroît, été réaffirmée de l'art 45 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

²⁹⁸ CJUE, 25 juillet 2008, *Metock*, C-127/08.

²⁹⁹ Considérant 5 de la directive 2004/38.

³⁰⁰ Article 2.2.b) de la directive 2004/38.

³⁰¹ Chapitre II de la directive 2004/38.

³⁰² Chapitre III de la directive 2004/38. V. C. BLUMANN, L. DUBOUIS, N. RUBIO, *Droit matériel de l'Union Européenne*, LGDJ, 9^{ème} édition, 2024, pp. 84-97.

72. L'exercice de ce droit à la mobilité du citoyen européen avec les membres de sa famille a fait l'objet d'une jurisprudence abondante, d'une part quant au champ d'application de la directive 2004/38 et à la qualité de « membre de la famille », et, d'autre part, quant à l'obstacle que pouvait constituer un élément du statut personnel du citoyen européen dans l'exercice de sa liberté de circulation.

S'agissant de ce deuxième objet, la protection du statut personnel par les libertés de circulation s'est jouée dans un premier temps sur le terrain du nom de famille du citoyen européen³⁰³. Dans l'arrêt *Garcia Avello*³⁰⁴, deux enfants de nationalité belgo-espagnol, dont les parents souhaitaient changer de nom patronymique pour apposer le nom de la mère après celui du père conformément au droit espagnol, se sont vu opposer un refus par les autorités belges. En effet, le droit belge ne retenait que le nom du père. Le nom patronymique des enfants était donc différent à l'état civil belge et sur le registre officiel de l'Espagne. A cette occasion, la Cour de justice proclame la libre circulation du nom patronymique au nom des libertés de circulation « qui s'opposent à ce que, (...) l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit (...) du second État membre³⁰⁵».

S'agissant du premier objet, la Cour a dû s'interroger sur la notion de « conjoint » au sens de l'article 2.2.b) de la directive 2004/38 et plus précisément sur le point de savoir si le conjoint homosexuel du citoyen d'un État membre pouvait exercer sa liberté de circulation au sein d'un État qui ne reconnaît pas le mariage homosexuel. Dans l'arrêt *Coman*³⁰⁶, la Cour rappelle le droit du citoyen européen qui exerce sa liberté de circulation « de mener une vie familiale normale tant dans l'État d'accueil que dans l'État dont ils possèdent la nationalité, en y bénéficiant de la présence, à leurs côtés des membres de leur famille³⁰⁷ ». Puis, elle répond par la positive à cette question. Le ressortissant d'un État tiers, de même sexe que le citoyen de l'Union, dont le mariage a été conclu conformément au droit de celui-ci, doit être considéré comme le conjoint de ce dernier au sens de la directive³⁰⁸. La Cour poursuit en proclamant que l'État membre qui ne reconnaît pas le mariage entre personne de même sexe « ne saurait invoquer son droit national pour s'opposer à la reconnaissance sur son territoire (...) du mariage entre deux personnes de

³⁰³ Pour une étude de la jurisprudence en matière de circulation du nom V. F. JAUL-SESEKE, E. PATAUT, Le citoyen européen et son nom. Europa als Rechts- und Lebensraum - Liber Amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag, Giesecking Verlag, pp.371- 384, 2018, 978-3-7694-1199-7. ffhalshs-02266415.

³⁰⁴ CJUE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02.

³⁰⁵ Ibid, point 54.

³⁰⁶ CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, C-673/16.

³⁰⁷ Ibid, point 31.

³⁰⁸ Ibid, point 35.

même sexe³⁰⁹ » aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour de plus de trois mois prévus par la directive 2004/38. Bien que l'Union ne dispose d'aucune compétence en matière d'état des personnes, une telle obligation de reconnaissance ne porterait pas atteinte à l'identité nationale et ne menacerait pas l'ordre public de l'État d'accueil³¹⁰. *In fine*, la Cour impose aux États membres de reconnaître le mariage homosexuel dès lors qu'est en cause un droit garanti par l'Union européenne, celui-ci pouvant être issu du droit dérivé ou du droit primaire.

73. Les divergences en matière de statut personnel dans le droit substantiel des États membres s'effacent au profit de la permanence du statut personnel du citoyen européen qui exerce sa liberté de circulation. Elles ne peuvent plus servir de justification légitime aux entraves au droit européen. La Cour s'est alignée sur cette jurisprudence dans l'arrêt *Pancharevo*³¹¹ s'agissant du double lien de filiation maternelle.

B. L'arrêt *Pancharevo*

74. Pour comprendre le syllogisme de la Cour du Luxembourg (2.), il faut au préalable opérer une analyse factuelle de l'arrêt (1.)

1- Analyse factuelle de l'arrêt

75. En l'espèce, deux femmes, l'une de nationalité bulgare et l'autre de nationalité britannique s'étaient mariés à Gibraltar en 2018. Elles résidaient en Espagne depuis 2015. De leur union naît une fille³¹² en Espagne en 2019. L'acte de naissance de cette dernière, délivré par les autorités espagnoles, mentionne la première mère comme étant la « mère A », et la seconde comme étant « la mère B ». Il ne spécifie pas qui est la mère biologique de l'enfant. La mère de nationalité bulgare demande à la commune de Sofia de lui délivrer un acte de naissance pour sa fille, celui-ci étant nécessaire pour la délivrance d'un document d'identité bulgare. La commune de Sofia rejette cette demande, au motif qu'elle n'a aucune information concernant la mère biologique de l'enfant et que l'acte de naissance faisant mention de deux mères est contraire à l'ordre public de la Bulgarie.

³⁰⁹ *Ibid*, point 36.

³¹⁰ *Ibid*, point 46.

³¹¹ CJUE, 14 décembre 2021, *Stolichna obshina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20.

³¹² L'arrêt ne dit pas si les épouses ont eu recours à une PMA ou à une GPA.

La mère de nationalité Bulgare forme alors un recours devant le tribunal administratif Bulgare. Ce dernier atteste que le refus de délivrer à sa fille un acte de naissance bulgare n'a pas d'incidence sur la nationalité Bulgare de cette dernière. Toutefois il sursoit à statuer et pose à la Cour de justice une question préjudicielle sur le point de savoir si le refus de délivrer un acte de naissance à l'enfant de nationalité bulgare, au motif que dans l'impossibilité de connaître qui est la mère biologique la mention d'un double lien de filiation maternelle sur l'acte de naissance étranger serait contraire à l'ordre public Bulgare, porte atteinte à la liberté de circulation garantie à l'enfant³¹³. Le véritable enjeu de cet arrêt est de savoir si la solution de la jurisprudence *Coman* peut être étendue à la filiation homoparentale dès lors que sont en cause les droits garantis au citoyen européen.

2- Le syllogisme de la Cour du Luxembourg

76. Pour connaître d'une affaire, la Cour de justice européenne doit avant toute analyse fonder sa compétence en vertu du droit européen. Bien que soit en cause une question relative à la filiation relevant de la compétence des États membres³¹⁴, celle-ci se fonde sur la qualité de citoyen européen de l'enfant et des droits qui en découlent. En l'espèce, pour pouvoir exercer sa liberté de circulation l'enfant devait disposer d'un document d'identité. Or, la Cour rappelle qu'en vertu de l'article 4.3 de la directive, les États ont l'obligation de délivrer à leurs citoyens une carte d'identité ou un passeport indiquant leur nationalité, et ce indépendamment de la délivrance d'un acte de naissance³¹⁵. La question du manquement de la Bulgarie à cette obligation fonde la compétence de la Cour du Luxembourg.

En l'espèce, le double lien de filiation maternelle de l'enfant en cause a été légalement établi par les autorités espagnoles³¹⁶. Conformément au règlement 2016/1191³¹⁷, l'acte de naissance espagnol, en tant qu'*instrumentum*, est reconnu par la Bulgarie. Cependant, aucune obligation de reconnaissance des effets juridiques de l'acte de naissance n'est imposée à la Bulgarie par le règlement³¹⁸. Ainsi, pour pouvoir passer outre l'exception d'ordre public invoquée par la Bulgarie³¹⁹, la Cour fonde son syllogisme sur les droits garantis par la directive 2004/38 et se place dans la continuité de la jurisprudence *Coman*. En l'espèce, les deux femmes ont toutes

³¹³ Pour l'ensemble des questions préjudicielles posées V. point 32 de l'arrêt Pancharevo.

³¹⁴ *Ibid.*, point 52.

³¹⁵ *Ibid.*, point 45

³¹⁶ Nous sommes en dehors des cas de fraude.

³¹⁷ V. *supra*, n°45.

³¹⁸ V. article 2.4 du règlement 2016/1191.

³¹⁹ Pour ce qui est de la reconnaissance des effets juridiques de l'acte de naissance V. S. CORNELOUP, « Du couple à l'enfant, les libertés de circulation poursuivent leur chemin », *Revue critique de droit international privé*, 2022, p.562.

deux la qualité de parent d'un citoyen de l'Union, au sens de la directive 2004/38, et se voient donc accorder « le droit d'accompagner ce dernier lors de l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres³²⁰ ». La Cour reconnaît qu'en qualité de citoyenne de l'Union, l'enfant doit pouvoir disposer de l'ensemble des droits garantis par le droit dérivé de l'Union, dont le droit de circuler pour ses deux mères reconnues comme telles dans un État membre.

C'est pourquoi « les autorités bulgares, à l'instar des autorités de tout autre État membre³²¹, sont tenues de reconnaître ce lien de filiation aux fins de permettre [à l'enfant] (...) son droit de circuler et de séjourner librement sur le terrain des États membres³²² ». La Cour étend la jurisprudence *Coman* à la filiation homoparentale du citoyen européen.

77. Encore faut-il que la Bulgarie n'invoque pas une justification légitime à l'entrave aux libertés de circulation invoquées. Le droit bulgare ne prévoyant pas l'homoparentalité dans son droit substantiel de la filiation, le tribunal administratif bulgare expose que l'« obligation pour ces autorités d'établir un acte de naissance mentionnant, comme étant les parents dudit enfant, deux personnes de sexe féminin pourrait porter atteinte à l'ordre public ainsi qu'à l'identité nationale³²³ » de la Bulgarie. Cette justification à l'entrave tirée de l'atteinte à l'ordre public « ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant l'intérêt fondamental de la société³²⁴ ». Elle doit également être conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte européenne des droits fondamentaux.

S'agissant du premier critère la Cour de justice suit le raisonnement de l'avocate générale Kokott qui affirme que l'obligation de reconnaître la filiation homoparentale d'un citoyen européen dans le but de délivrer une carte d'identité ou un passeport, ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de cet État membre³²⁵. Cette obligation est limitée à l'exercice de droit de l'Union, autrement dit, elle n'impose pas aux États membres de prévoir l'homoparentalité dans leur droit national de la filiation, ni même qu'elle ne leur impose de reconnaître ce lien de filiation « à des fins autres que l'exercice des droits que cet enfant tire du droit de l'Union³²⁶ ».

Pour ce qui est du respect des droits fondamentaux la norme nationale Bulgare doit être d'une part, conforme à l'article 7 de la Charte qui assure le droit au respect de la vie privée et

³²⁰ V. CJUE, *Stolichna obshtina, rayon « Pancherevo »*, *op.cit*, point 48.

³²¹ L'obligation s'impose *erga omnes*

³²² CJUE, *Stolichna obshtina, rayon « Pancherevo »*, *op.cit* point 49.

³²³ *Ibid.*, point 53.

³²⁴ *Ibid.*, point 55 ; V. également CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, C-673/16, point 44.

³²⁵ *Ibid.*, point 56 ; V. Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT, présentées le 15 avril 2021 dans l'affaire CJUE, *Stolichna obshtina, rayon « Pancherevo »*, 14 décembre 2021, C-490/20, points 150 et 151.

³²⁶ *Ibid.*, point 57.

familiale, et d'autre part, à son article 24 qui assure la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les actes relatifs aux enfants. La Cour du Luxembourg transpose la jurisprudence *Coman* pour arguer que « la relation de l'enfant concerné avec chacune des deux personnes avec lesquelles il mène une vie familiale effective dans l'État membre d'accueil et qui sont mentionnées comme étant ses parents dans l'acte de naissance établi par les autorités de celui-ci³²⁷ » relève du champ d'application de l'article 7 de la Charte. Ensuite, pour vérifier que la conformité de la norme Bulgare respecte les exigences des droits fondamentaux, la Cour du Luxembourg mobilise la notion « d'intérêt supérieur de l'enfant », appliquée *in concreto* à la lumière de l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui garantit le principe de non-discrimination, et à la lumière de l'article 7 de ladite convention³²⁸. La norme invoquée par le droit Bulgare est empreinte d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des parents³²⁹, et, empêche, par-dessus tout, le droit à l'enfant d'être enregistré dès sa naissance, d'avoir un nom, et d'acquérir une nationalité. La justification ne passant pas le test du respect des droits fondamentaux, la Cour de justice ne va même pas jusqu'au contrôle de proportionnalité.

78. *In fine*, la Cour de justice impose à tous les États membres de reconnaître le lien de filiation du citoyen européen aux fins de l'exercice de sa liberté de circulation. Cette obligation impose aux États membres de délivrer une carte d'identité ou un passeport en application de l'article 4.3 de la directive 2004/38. Toutefois, le droit de l'Union n'ayant pas de compétence en droit de la filiation, la Cour ne peut imposer l'obligation d'établissement d'un acte de naissance dans l'État d'accueil. Il convient alors de préciser les contours de cette obligation de reconnaissance en demi-teinte.

§2. L'étendue limitée de l'obligation de reconnaissance

79. La solution de l'arrêt *Pancharevo* est réaffirmée dans une ordonnance du 24 juin 2022³³⁰, où les faits d'espèce étaient similaires mais les deux mères avaient sollicité la transcription de l'acte de naissance délivré par les autorités espagnoles en Pologne. Les conclusions de l'avocat général M. Richard de la Tour présentées le 7 mai laissent même présager une extension de la jurisprudence *Pancharevo* à l'égard de l'identité de genre du citoyen européen³³¹. La portée de l'arrêt

³²⁷ *Ibid.*, point 62.

³²⁸ V. *supra*, n°16.

³²⁹ CJUE, *Stolichna obshtina, rayon « Pancherevo »*, *op.cit.*, point 64.

³³⁰ CJUE, 10^{ème} chambre, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, 24 juin 2022, C-2/21.

³³¹ Conclusions de l'avocat général J. RICHARD DE LA TOUR, présentées le 7 mai 2024 dans l'affaire CJUE, *Mirin*, C-4/23. L'avocat conclut à ce que la liberté de circulation du citoyen s'oppose « à ce que les autorités d'un État membre refusent de reconnaître et d'inscrire dans l'acte de naissance d'un ressortissant de cet État membre le prénom et l'identité de genre légalement déclarés et acquis dans un autre État membre, dont il possède également la

Pancharevo n'a donc pas vocation à être remise en cause par la Cour du Luxembourg. Il n'en reste pas moins que cette obligation de reconnaissance doit être précisée à deux égards : s'agissant de son champ d'application personnel (A.) et de son champ matériel (B.)

A. Le champ d'application personnel de l'obligation de reconnaissance du lien de filiation

80. Dans les faits d'espèce de l'arrêt *Pancharevo*, le tribunal administratif Bulgare avait affirmé que l'enfant avait la nationalité Bulgare bien que les autorités publiques Bulgares aient refusé de lui délivrer un acte de naissance. Cette solution est curieuse car que le droit de la nationalité Bulgare « attribue la nationalité par filiation à toute personne dont l'un des parents est de nationalité bulgare³³² ». Or, c'est ce même lien de filiation biologique de l'enfant avec la mère ressortissante Bulgare qui faisait défaut pour l'obtention d'un acte de naissance Bulgare. Autrement dit, la Bulgarie accepte de reconnaître le lien de filiation à l'égard de la mère ressortissante Bulgare pour l'obtention de la nationalité Bulgare de l'enfant, sans connaître la véracité biologique de ce lien. Toutefois, elle refuse d'y porter effet pour délivrer un acte de naissance et les documents d'identité demandés³³³. Ce raisonnement contradictoire ne peut être contesté par la Cour, les États disposant d'une compétence exclusive pour définir leurs ressortissants nationaux³³⁴. En conséquence, l'enfant disposant de la nationalité d'un État membre, et de ce fait du statut de citoyen européen, le champ d'application *ratione personae* de l'obligation de reconnaissance du lien de filiation telle qu'imposée dans l'arrêt *Pancharevo* est respecté.

Pour autant, la solution de la Cour de justice n'aurait pas été bien différente si l'enfant n'avait pas eu la nationalité Bulgare. En l'espèce, la deuxième mère de l'enfant était de nationalité britannique. Les faits se déroulant après le Brexit, la nationalité britannique transmise à l'enfant ne lui aurait pas conféré la citoyenneté européenne³³⁵. C'est pourquoi la Cour du Luxembourg prend le soin de préciser, « dans une sorte d'*obiter dictum*³³⁶ » la solution à adopter dans le cas où la nationalité Bulgare serait remise en cause par les autorités publiques³³⁷. La Cour a précisé que le terme « descendant direct » au sens de l'article 2.2, point c), de la directive 2004/38 doit être interprété comme incluant tous les enfants de citoyens de l'Union, y compris leurs enfants

nationalité ». Tout en précisant que « les effets de cette reconnaissance et de cette inscription dans d'autres actes d'état civil ainsi qu'en matière d'état des personnes dont relèvent les règles relatives au mariage et à la filiation ».

³³² S. CORNELOUP, « Du couple à l'enfant, les libertés de circulation poursuivent leur chemin », *Revue critique de droit international privé*, 2022, p.556.

³³³ V. en ce sens *Ibid.*, p. 556.

³³⁴ CII, 18 novembre 1953, *Nottebohm*.

³³⁵ V. en ce sens, S. CORNELOUP, « Du couple à l'enfant, les libertés de circulation poursuivent leur chemin », *Revue critique de droit international privé*, 2022, p.563.

³³⁶ FULCHIRON Hugues, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », *Recueil Dalloz*, 2022, p.568.

³³⁷ CJUE, 14 décembre 2021, *Stolichna obshina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20, points 67 et 68.

communs avec une autre personne du même sexe³³⁸. L'enfant en tant que « descendante directe » de la mère ressortissante Bulgare au sens de la directive 2004/38 pourrait bénéficier des droits garantis par la directive. Autrement dit, l'obligation de reconnaissance du lien de filiation peut jouer à l'égard d'un enfant ressortissant d'un État tiers dès lors que sont en cause ses droits tirés de sa qualité de « descendant » d'un citoyen européen. Dans ce cas d'espèce, l'autorité publique ne devrait pas délivrer une carte d'identité ou un passeport mais un droit de séjour de plus de trois mois conformément à l'article 7 de la directive 2004/38³³⁹.

Néanmoins, une question reste en suspens concernant le champ d'application personnel de l'obligation de reconnaissance. Quid du lien de filiation établi en fraude du droit européen, en dehors d'un droit de séjour conforme à la directive 2004/38 ? La Cour précise en l'espèce, que le lien de filiation est « légalement³⁴⁰ » établi en Espagne à l'occasion d'un droit de séjour conforme à la directive 2004/38³⁴¹. Dès lors, nous pouvons supposer que si une des deux conditions fait défaut, l'État requis pourra invoquer la fraude pour échapper à l'obligation de reconnaissance partielle.

81. Le champ d'application personnel de l'obligation de reconnaissance du lien de filiation est explicitement défini par la Cour de justice. Finalement, il est fondé sur la citoyenneté européenne, soit de l'individu dont le lien de filiation fait défaut pour l'État requis, soit du membre de la famille au sens de la directive 2004/38, ressortissant de l'État requis. L'étendue de cette obligation dans chacun des cas n'aura toutefois pas la même finalité. Il convient à présent de dessiner les contours du champ matériel de l'obligation de reconnaissance.

B. Le champ matériel de l'obligation de reconnaissance

82. Les États membres sont tenus de reconnaître le lien de filiation afin que l'enfant puisse exercer les droits qu'il tire de sa citoyenneté européenne. De cette obligation de reconnaissance, la Haute juridiction européenne impose aux États membres de délivrer un document d'identité nécessaire pour que l'enfant puisse exercer sa liberté de circulation, mais ne leur impose en aucun cas d'établir un titre d'état civil conforme au lien de filiation créé dans l'État d'accueil, ni une reconnaissance du lien de filiation « à des fins autres »³⁴². En effet, la délivrance d'un acte de naissance Bulgare désignant les deux mères de l'enfant comme parent reviendrait implicitement à leur reconnaître à toutes les deux la qualité de mère au sens du droit de la famille bulgare et

³³⁸ Cette solution s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence *Coman* en ce qu'elle étend la qualité de conjoint au conjoint de même sexe ; voir, en ce sens, CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, C-673/16, points 36 et 51.

³³⁹ Comme dans les faits d'espèce de l'arrêt *Coman*.

³⁴⁰ CJUE, *Stolichna obshtina, rayon « Pancherevo »*, *op.cit.*, point 48.

³⁴¹ *Ibid.*, point 46 ; V. en ce sens ; S. CORNELOUP, *op. cit.*, p. 562.

³⁴² *Ibid.*, point 57.

toutes les conséquences juridiques qui en découlent tant sur le plan du droit communautaire que sur le plan du droit civil bulgare³⁴³. « L'acte de naissance (...) reflète la filiation au sens du droit de la famille³⁴⁴ ». Or, le droit de la famille est une composante de l'identité nationale des États membres auquel l'Union ne doit pas porter atteinte conformément à l'article 4.2 du Traité sur l'Union européenne. Imposer la délivrance d'un acte de naissance établissant une filiation homoparentale porterait atteinte directement à l'identité nationale de la Bulgarie. C'est pourquoi la Cour de justice suit les conclusions de l'avocate générale pour imposer une obligation de reconnaissance du lien de filiation « aux seules fins de l'application du droit dérivé de l'Union (...), [qui elle] ne porte pas atteinte à l'identité nationale des États membres³⁴⁵ ». Cette obligation ne porte pas atteinte à l'identité nationale en ce qu'elle « n'altère pas les conceptions de filiation ou de mariage en droit de la famille bulgare³⁴⁶ » et ne l'oblige pas à prévoir ce mode d'accès à la filiation dans son droit national. Ainsi, les divergences nationales de droit de la filiation, en tant qu'obstacle à la reconnaissance du lien de filiation du citoyen européen reculent de façon considérable face aux libertés de circulation, en ce qu'elles ne peuvent plus constituer une justification d'ordre public aux entraves au droit européen.

83. Sur le plan méthodologique, cette obligation de reconnaissance partielle implique la création d'un double niveau d'examen pour les autorités des États membres dans le cadre d'une demande de reconnaissance d'un acte de naissance délivré par un autre État membre. Lorsque sera en cause le lien de filiation d'un citoyen européen ou de l'enfant d'un citoyen européen, au sens de la directive 2004/38, la méthode de la reconnaissance européenne devra être appliquée par les autorités de l'État membre aux fins de l'exercice des droits européens accordés à l'enfant. Outre les libertés de circulation, il faut également prendre en compte tous les droits accordés au citoyen européen par le droit primaire, le droit dérivé, et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Nous pouvons citer le droit à l'éducation scolaire³⁴⁷, le droit à la bourse³⁴⁸, les droits tirés de la qualité de « famille nombreuse³⁴⁹ », ou encore la circulation du nom de famille³⁵⁰.

Puis, lorsque la demande concernera un objet autre « que l'exercice des droits que cet enfant tire du droit de l'Union³⁵¹ », autrement dit une demande relevant du droit de la famille de l'État requis, les autorités pourront appliquer les règles nationales du droit de la filiation.

³⁴³ V. point 103 des conclusions de l'avocate générale Kokott.

³⁴⁴ Point 104 des conclusions de l'avocate générale Kokott.

³⁴⁵ Conclusions de l'avocat général, *op.cit.*, point 110.

³⁴⁶ *Ibid*, point 114.

³⁴⁷ V. CJUE, 3 juillet 1974, *Casagrande*, C-9/74.

³⁴⁸ V. CJUE, 14 juillet 1988, *Matteucci*, C-235/87.

³⁴⁹ V. CJUE, 30 septembre 1975, C-32/75.

³⁵⁰ V. *supra*, n°71 ; CJUE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02.

³⁵¹ CJUE, *Stolichna obshtina, rayon « Pancherevo »*, *op.cit.*, Point 57.

84. La Cour de justice joue de façon habile avec la distinction « droit de la famille national » et « droit de la famille communautaire » en créant en quelque sorte une double parentalité³⁵². Une parentalité nationale pouvant s'exercer conformément au droit de l'État qui a établi le lien de filiation. Puis, une parentalité européenne, pouvant s'exercer sur l'ensemble du territoire européen. Cette parentalité européenne se traduirait comme un « concept autonome permettant ici à l'enfant de se déplacer sans être coupé des deux adultes qui l'ont conçu³⁵³ » indépendamment des divergences de droit national des États membres.
85. Outre la sensation « d'un état civil à la carte ³⁵⁴» qu'inspire cette méthode de la reconnaissance partielle plus que complexe, elle laisse présager des conséquences importantes sur les questions laissées en suspens par la Cour du Luxembourg.

Section 2. Une reconnaissance partielle insuffisante

86. L'obligation de reconnaissance partielle du lien de filiation du citoyen européen implique des conséquences juridiques en pratique tant pour l'enfant que pour les parents. Le remède prescrit par la Cour du Luxembourg pour pallier le statut boiteux du citoyen de l'Union serait en réalité inefficace tant au regard de sa liberté de circulation (§.1) qu'au regard de ses droits fondamentaux (§.2).

§1. La persistance d'un statut boiteux au regard des libertés de circulation

87. La Cour de justice dans sa décision *Pancharevo* énonce une obligation de délivrance d'un document d'identité pour rendre effectif le droit à la libre circulation de l'ensemble des membres d'une famille homoparentale, sans se soucier des conséquences juridiques pour les justiciables souhaitant s'établir dans l'État requis. Est-ce que l'absence de délivrance d'un document d'identité est le seul obstacle à la liberté de circulation de l'enfant en cause ? Est-ce que l'absence de reconnaissance du lien de filiation sur le terrain des droits civils et sociaux ne constitue pas en soit un obstacle matériel à la liberté de circulation de l'enfant citoyen européen et par conséquent des parents³⁵⁵ ? La réponse ne peut en l'occurrence qu'être positive. En effet, cette solution en

³⁵² V. en ce sens L. d'AVOUT et R. LEGENDRE, « Mobilité européenne et filiation : état civil à la carte ? », *Recueil Dalloz*, 2022, p.333 ; Les auteurs utilisent le terme « parenté juridique formelle de droit civil » qui se superposerait avec « une quasi-parenté de droit de l'Union ».

³⁵³ *Ibid.*, p.333.

³⁵⁴ V. en ce sens L. d'AVOUT et R. LEGENDRE, « Mobilité européenne et filiation : état civil à la carte ? », *Recueil Dalloz*, 2022, pp.331-336.

³⁵⁵ V. en ce sens, H. FULCHIRON, « La reconnaissance... » *op.cit.*, p. 569 ; S. CORNELOUP, *op.cit.*, pp.568-570.

de mi-teinte peut décourager certains parents à s'établir durablement dans l'État requis. Dès lors que la famille sera admise à résider sur l'État requis, comment peut-elle imaginer un quotidien où la filiation ne sera pas reconnue sur le terrain des droits civils et sociaux. Cette même « double parentalité » créée par la Cour est un obstacle aux libertés de circulation.

88. Cette décision « n'aurait pas vocation à lutter contre les statuts boiteux dans la « bulle » nationale »³⁵⁶. Les exemples où ces familles subiront un statut boiteux ne sont pas illusoire. Dans un premier temps, sur le terrain des droits civils, se pose la question de l'autorité parentale des deux mères³⁵⁷. Un parent qui n'est pas reconnu à l'état civil national ne peut exercer les droits et obligations découlant de l'autorité parentale, puisque sur le territoire en question il n'en a pas. Quid du droit d'inscrire l'enfant à l'école, du droit de consentir à des soins médicaux, du droit d'ouvrir un compte bancaire pour l'enfant ? De même, si une séparation arrive entre les deux parents, les juridictions bulgares n'auront pas l'obligation de se prononcer sur le droit de garde ou l'obligation alimentaire de chacune des mères³⁵⁸. La même problématique se pose en matière de droits successoraux. Si une succession s'ouvre en Bulgarie à l'égard de l'une des deux mères, l'enfant ne sera pas reconnu comme descendant successeur.

Puis dans un second temps se pose la question des droits sociaux. La grande majorité des États membres considèrent que la reconnaissance formelle de la parentalité établie dans un autre État membre est nécessaire pour permettre à leurs citoyens de bénéficier de certains droits importants liés à l'éducation, ou aux soins de santé³⁵⁹. Par exemple, pour bénéficier des allocations familiales ou encore de la sécurité sociale³⁶⁰. S'agissant de la sécurité sociale, l'un des domaines les plus sensibles est celui des prestations de maternité et de paternité. En Espagne, la femme conjointe de la mère biologique dispose légalement d'un congé parental au même titre qu'un père³⁶¹. Toutefois, ce n'est pas le cas dans les pays qui ne reconnaissent pas l'homoparentalité comme la Bulgarie. Outre ce congé parental, nous pouvons observer des disparités entre les pays sur l'accès à la sécurité sociale par les familles s'émancipant du modèle traditionnel. Certains États exigent « que les relations familiales correspondent aux principes du droit de la famille national³⁶² ». En théorie, le règlement n°883/2004³⁶³ assure qu'un citoyen mobile a accès aux mêmes droits et obligations que les nationaux, mais en pratique les différences

³⁵⁶ R. LEGENDRE, « Filiation internationale : quelles perspectives d'avenir ? », *AJ Famille Dalloz*, 2024, p.73.

³⁵⁷ L'ensemble des problématiques abordées sont les mêmes au sujet d'une double filiation paternelle.

³⁵⁸ V. en ce sens, S. CORNELOUP « Du couple... » *op.cit.*, pp.569.

³⁵⁹ Rapport ICF, *op.cit.*, p. 42

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Le règlement (CE) n° 883/2004 relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale.

persistent. Toutes ces différences fondées sur des discriminations ne sont que des obstacles supplémentaires à la libre circulation de ces familles homoparentales.

Toutefois, l'ensemble des droits sociaux garantis par le droit dérivé européen devront être garantis par les États, l'obligation de reconnaissance couvrant *a priori* les droits que l'enfant tire du droit de l'Union³⁶⁴, notamment ceux reconnus dans le cadre de la libre circulation³⁶⁵.

89. Nous ne doutons pas que la Cour de justice sera interrogée, dans les mois ou années prochains, sur la question de l'entrave aux libertés de circulation des mesures nationales d'un État membre empêchant l'enfant d'un couple de même sexe de jouir de ses droits civils ou sociaux dans l'État requis. Toutefois, si nous faisons un parallèle avec le syllogisme de la Cour dans l'arrêt *Pancharevo*, une obligation de reconnaître la filiation qui s'étendrait aux droits civils affecterait l'identité nationale de l'État d'origine qui ne reconnaîtrait pas ce type de filiation³⁶⁶. Le contrôle de la Cour du Luxembourg serait alors limité à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne. L'avocate générale Kokott dans ses conclusions estime qu'il n'y a pas violation dudit article³⁶⁷. Il est alors permis de douter qu'un revirement de jurisprudence relatif à la reconnaissance de la filiation homoparentale sur le terrain des droits civils intervienne. Le droit communautaire ne permettant pas, en l'état de la jurisprudence, de remédier à ces statuts boiteux, il faut alors regarder du côté des droits fondamentaux.

§2. La persistance d'un statut boiteux au regard des droits fondamentaux

90. L'intervention des droits fondamentaux au stade de la reconnaissance de la filiation et de façon plus large au stade de la reconnaissance des situations familiales n'est pas un phénomène inédit. L'invocation des dispositions des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme couplés à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant³⁶⁸ n'est pas sans influence sur le comportement des États membres relatif à la reconnaissance des liens de filiations inconnus de leurs droits nationaux.

De l'étude factuelle de l'arrêt *Pancharevo*³⁶⁹ se dégage trois manquements principaux aux droits fondamentaux : la violation du droit à l'identité de l'enfant, la violation du principe de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et la violation du principe d'intérêt supérieur de l'enfant.

³⁶⁴ CJUE, *Pancharevo*, *op.cit.*, point 57.

³⁶⁵ V. *supra.*, n°83, sur la jurisprudence relative aux membres de la famille des travailleurs mobiles.

³⁶⁶ Conclusions de l'avocat général, *op.cit.*, point 106.

³⁶⁷ *Ibid.*, point 108.

³⁶⁸ V. *supra.*, n°19 supra sur la méthode de la Cour EDH en matière de droit de la famille, et de la filiation.

³⁶⁹ V. *supra.*, n°75.

Le droit à l'identité de l'enfant est consacré par les articles 7 et 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Il comprend le droit à un nom, une nationalité, et le droit de connaître ses parents. Le droit à l'identité est étroitement lié avec l'état civil d'une personne en ce qu'il est l'élément probatoire de l'identité de la personne. L'acte de naissance, quant à lui, est l'instrument juridique qui sert de preuve à l'enregistrement de la naissance de l'enfant, de ses liens de filiations avec les deux parents et de son lieu de naissance. Ces derniers représentent « les aspects essentiels de l'identité juridique de l'enfant³⁷⁰ ». Or, l'identité est inextricablement liée à la vie de famille de l'enfant, qui doit être considéré comme un élément essentiel du droit au respect de la vie privée et familiale³⁷¹. Dans l'espèce de l'arrêt *Pancharevo*, l'enfant ne disposant pas d'un acte de naissance roumain, son droit à l'identité sur le territoire est donc fortement atteint.

Le droit à la non-discrimination, consacré par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, implique que les États membres veillent à ce que la reconnaissance des actes d'état civil établissant la parentalité ne soit pas compromise par une discrimination de quelque nature qu'elle soit (fondée sur l'identité de l'enfant, le sexe, la religion, la naissance ou toute autre situation). Lorsque les enfants de couples de même sexe se voient refuser la reconnaissance du double lien de filiation maternelle ou paternelle, il est indéniable que c'est une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des parents. En effet, les enfants d'une famille hétéroparentale ne sont pas touchés par ce problème dans ces États. Il reste à savoir si l'ordre public de la Roumanie pourra être entendu par la Cour européenne des droits de l'homme comme « une justification objective et raisonnable » poursuivant un but légitime³⁷².

L'intérêt supérieur de l'enfant³⁷³, quant à lui, pourra être mobilisé *in concreto* par la Cour européenne des droits de l'Homme³⁷⁴ pour mettre en balance l'intérêt de l'État à refuser de reconnaître le lien de filiation et les conséquences disproportionnées que ce refus occasionne sur sa vie. En l'espèce, les conséquences de la non-reconnaissance de la filiation légalement établie dans un État à l'égard des droits civils et sociaux de l'enfant nous permettent d'affirmer qu'il va de son intérêt supérieur qu'elle soit reconnue par l'État dont il dispose la nationalité.

91. Dans une perspective de préméditer de la solution de la Cour européenne des droits de l'homme si elle devait connaître de « l'espèce *Pancharevo* » et plus généralement à l'égard du refus de

³⁷⁰ Rapport ICF, *op.cit.*, p.9.

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² V. CEDH, *Mazureck*, *op.cit.*, §48.

³⁷³ V. *supra*, n° 13 et n° 16.

³⁷⁴ V. CEDH, *Wagner*, 28 juin 2007, req n° 76240/01, pour une application de l'intérêt supérieur de l'enfant.

reconnaître des filiations s'émancipant du modèle traditionnel légalement établi dans un État membre, il convient d'exposer quelle serait cette solution à la lumière de sa jurisprudence³⁷⁵.

Tout d'abord, au regard de l'appréciation que la Cour de Strasbourg opère à la notion de « vie familiale³⁷⁶ », nous pouvons affirmer qu'une requête dans le cadre de l'affaire *Pancharevo* rentrerait dans le champ de cette notion de « vie familiale³⁷⁷ ».

La Cour européenne des droits de l'homme a déjà mobilisé la notion d'identité de l'enfant dans l'affaire *Mennesson et Labassée*, face au refus de la France de retranscrire l'acte de naissance Californien d'un enfant issu d'une gestation pour autrui. Elle considère que ce refus de reconnaissance à l'égard du parent biologique constitue « une grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants³⁷⁸ ». En l'espèce, la Cour considère la filiation biologique « en tant qu'élément de l'identité de chacun³⁷⁹ ». Ainsi, si nous faisons un parallèle avec l'arrêt *Pancharevo* il y a atteinte au droit à l'identité de l'enfant en ce que la Roumanie ne reconnaît pas son lien de filiation biologique sur le terrain des droits civils. La Roumanie aurait dû retranscrire l'acte de naissance espagnol à l'égard du lien de filiation maternelle biologique³⁸⁰.

En ce qui concerne les liens de filiations non biologique la position de la Cour de Strasbourg est moins tranchée. Dans l'arrêt *C.E et autres c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle que la question de la reconnaissance d'une filiation entre des enfants et des personnes avec lesquelles ils n'ont pas de lien biologique relève de la marge d'appréciation des États membres. Toutefois, cette question touchant à un élément essentiel de l'identité de l'enfant³⁸¹, l'État requis dispose d'une marge d'appréciation réduite³⁸² et n'échappe pas au contrôle de la Cour sur cette question. Par son avis consultatif de 2019³⁸³ rendu en matière de filiation par gestation pour autrui, la Cour énonce que « 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 cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale ». Cet avis consultatif montre bien la volonté de la Cour européenne des droits de l'homme d'œuvrer pour une continuité de la filiation au-delà les frontières. Même non fondé sur une véracité biologique, le lien de filiation légalement établi dans un État, en tant qu'élément de l'identité de l'enfant, doit être reconnu. Dès lors, si nous transposons la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'affaire

³⁷⁵ V. En ce sens H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la filiation... » *op.cit.*

³⁷⁶ V. *supra*, n°19,

³⁷⁷ V. CJUE, *Pancharevo*, *op.cit.*, point 61 et 62.

³⁷⁸ CEDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, req n°65192/11, §100.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ Toutefois, dans les faits d'espèce nous ne savons pas qui est véritablement la mère biologique.

³⁸¹ CEDH, *C.E et autres c. France*, 15 mars 2022, req n°29775/18 et 29693/19, points 87 à 90.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ CEDH, grande chambre, avis consultatif du 10 avril 2019, n°P16-2018-001.

Pancharevo, la Roumanie devrait permettre cette reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère non biologique, soit par transcription de l'acte de naissance espagnol, soit par adoption.

92. A ce jour deux affaires dont les espèces sont à rapprocher de l'arrêt *Pancharevo*, sont pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme. L'une concernant le refus de la délivrance d'actes de naissances désignant deux parents du même sexe comme parent biologique³⁸⁴, et l'autre concernant le refus de la reconnaissance transfrontalière d'un acte de naissance établissant une double filiation maternelle à l'égard de l'enfant par les autorités publiques dont l'un des parents est ressortissant³⁸⁵. Dans chacune des affaires sont invoquées la violation du droit au respect à la vie privé de l'enfant et des parents consacré par l'article 8.1 de la convention, combiné avec la violation du principe de prohibition des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle consacré à l'article 14 de la Convention. Les décisions attendues permettront de savoir si la présente analyse est partagée par la Cour européenne des droits de l'homme³⁸⁶.

93. **Conclusion du chapitre.** La Cour de justice de l'Union européenne mobilise les libertés de circulation pour parvenir à une obligation de reconnaissance partielle du lien de filiation, s'inscrivant ainsi dans la continuité de sa jurisprudence en matière de statut personnel. Cette première étape peut apparaître comme une première victoire pour les couples de même sexe et les parents d'intention. En réalité, cette solution en demi-teinte laisse persister un statut personnel boiteux pour l'enfant. Comme le fait remarquer le Professeur Fulchiron³⁸⁷, dans la jurisprudence *Garcia Avello*³⁸⁸ il y a une intégration du nom de famille dans l'État requis du fait de son inscription sur les registres d'état civil. La jurisprudence *Pancharevo*, quant à elle, n'érige pas l'obligation de délivrance d'un acte de naissance national alors l'intégration du statut personnel dans l'État requis n'est pas pleinement réalisée. Au regard des droits fondamentaux et des libertés de circulation le besoin d'une « portabilité du statut personnel³⁸⁹ » du citoyen européen se fait de plus en plus sentir.

³⁸⁴ CEDH, demande 46808/16, *R.F. et autres c. Allemagne*.

³⁸⁵ CEDH, demande 30806/15, *A.D.-K. et autres c. Pologne*.

³⁸⁶ V. CEDH, *S.-H. c. Pologne*, 9 dec 2021, req n° 56846/15 et n° 56849/15, où les prémices d'une clarification n'ont pas été abordé faute d'atteinte effective en l'espèce du droit au respect de la vie privée et familiale.

³⁸⁷ FULCHIRON Hugues, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », *Recueil Dalloz*, 2022, p.569.

³⁸⁸ V. *supra*, n°72.

³⁸⁹ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2017.

Chapitre 2. Une perspective de libéralisation maximale du droit européen de la filiation

94. La Commission européenne soucieuse de supprimer la problématique des filiations boiteuses a publié le 7 décembre 2022 une proposition de règlement relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation (**section 1.**). Cette perspective d'un droit international privé européen de la filiation bouleverse considérablement les solutions de droit positif. Au sein du paysage politique européen, un autre facteur est à prendre en compte dans l'étude de cette perspective de libéralisation maximale du droit européen de la filiation : la potentielle adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne (**section 2.**)

Section 1. La proposition de règlement européen

95. Pour comprendre les objectifs de la proposition de règlement européen en droit de la filiation (§2.), il convient d'aborder au préalable ses justifications (§1.).

§1. Les justifications de la proposition de règlement

96. Face à l'accroissement de la mobilité des citoyens et des familles transfrontalières³⁹⁰, la proposition de règlement européen relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation³⁹¹ (la proposition de règlement) apparaît de prime abord comme une solution à l'ensemble des problématiques étudiées en matière de reconnaissance transfrontalière des liens de filiation du citoyen européen. En effet, nous pouvons constater une corrélation entre les objectifs explicites de la proposition du règlement et l'ensemble des conséquences tirées de la non-reconnaissance de la filiation du citoyen européen observées dans le cadre de cette réflexion. Au considérant 2 de la proposition de règlement les deux objectifs

³⁹⁰ Au total, on estime que d'ici dix ans, il y aura environ 1,23 million de ménages transfrontaliers mobiles avec enfants à charge, dont 18 500 à 37 000 seront des ménages de même sexe. V. Rapport ICF, *op. cit.*, p.66 ; V. Eurostat, EUROPOP2019 - Projections démographiques au niveau national (2019-2100), Population au 1er janvier par âge, sexe et type de projection.

³⁹¹ Pour une traduction en français de la proposition de règlement, V. https://www.assemblee.nationale.fr/dyn/16/eurodoc/116e17375_document-europeen-art88-4.pdf.

principaux visés sont la protection des droits fondamentaux de l'enfant, ainsi que la sécurité juridique et la prévisibilité³⁹².

Au sens de droits fondamentaux et « autres droits des enfants³⁹³ » relatif à leur filiation, la proposition inclue, le droit à l'identité, à la non-discrimination, et à une vie privée et familiale. Elle prend le soin de préciser que « l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale³⁹⁴ ». Elle part du constat qu'au stade de la reconnaissance dans un État membre de la filiation établie dans un autre État membre, le refus « peut avoir de graves répercussions sur les droits fondamentaux des enfants et sur les droits qu'ils tirent du droit national³⁹⁵ ». Ces refus pouvant même dissuader les familles européennes d'exercer leur liberté de circulation³⁹⁶. La protection des libertés de circulation apparaît alors comme une justification à l'élaboration de ce texte.

Au sens de sécurité juridique et prévisibilité, la proposition vise à éviter, en adoptant des règles communes sur la loi applicable à l'établissement de la filiation dans des situations transfrontières, des décisions contradictoires³⁹⁷, et à faciliter l'acceptation des actes authentiques qui n'ont pas d'effets juridiques contraignants dans l'État membre d'origine, mais qui ont une force probante dans cet État membre³⁹⁸. De plus, l'adoption de règles de reconnaissance des décisions et des actes authentiques permettrait de garantir cette même sécurité juridique vecteur de la continuité de la filiation du citoyen européen.

97. Se pose alors la question de la justification d'un règlement européen en tant qu'instrument de droit dérivé. Aujourd'hui, le droit primaire et les libertés de circulation, seuls, ne suffisent pas à assurer la protection des droits fondamentaux et la sécurité juridique en matière de droit de la filiation³⁹⁹. Or, un règlement européen en matière de filiation, adopté unanimement par les États membres⁴⁰⁰, serait d'effet direct pour les États membres. Cela permettrait d'assurer l'effectivité des objectifs visés par la proposition de règlement sur l'ensemble du territoire européen. Toutefois, la perspective de l'adoption de ce règlement à effet direct nous semble illusoire⁴⁰¹. En effet, le Sénat dans sa résolution du 22 mars 2023 dénonce le manque de légitimité de la

³⁹² V. considérant 2 de la proposition de règlement européen.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ V. considérant 11 de la proposition de règlement.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ V. considérant 50 de la proposition de règlement.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ V. *supra*, Partie 2, Chap. 1.

⁴⁰⁰ V. *supra*, n°11.

⁴⁰¹ Didier Reynders, commissaire européen à la justice, évoque dès le jour de la diffusion de la proposition la possibilité de basculer sur la procédure de coopération renforcée, in V. MALINGRE, « La Commission européenne veut renforcer les droits des enfants issus de familles homoparentales », le Monde, 2022.

Commission Européenne à légiférer en la matière⁴⁰², et conclu *in fine* à la violation du principe de subsidiarité. La solution pour que le règlement voit le jour serait de basculer sur la procédure de coopération renforcée, même si nous pouvons penser qu'en l'état le règlement ne séduira pas les États réticents aux filiations s'émancipant du modèle familial traditionnel⁴⁰³.

98. Au stade de l'étude de ces justifications, le règlement européen se positionne comme un instrument capable, en théorie, d'effacer les divergences des États membres en droit de la filiation pour aboutir à une liberté de circulation intégrale du lien de filiation du citoyen européen. Il faut désormais regarder du côté des règles de conflits de lois et des règles de reconnaissance pour s'assurer de l'effectivité de l'objectif annoncé.

§2. Les objectifs poursuivis par la proposition de règlement

99. Dans sa proposition de règlement la Commission européenne propose classiquement d'unifier les règles de compétence, de conflits de lois et de reconnaissance en matière de filiations transfrontières. Les règles de compétence ne seront pas abordées⁴⁰⁴, leur influence sur la continuité des liens de filiation du citoyen européen au-delà les frontières étant moindre.

100. Sur le terrain des conflits de lois, la proposition de règlement multiplie les critères de rattachement pour favoriser l'établissement de la filiation l'enfant à l'égard des deux parents. Toutefois, elle ne distingue pas entre les différents modes d'établissement du lien de filiation, comme peut le faire les règles de conflit de lois françaises. Dans un premier temps, l'article 17.1 retient comme critère de rattachement principal la résidence habituelle de « la personne qui accouche » au moment de la naissance. Cette règle de conflit de lois amène à deux remarques. D'une part, la règle de conflit de lois évince le terme classique de « mère » pour garder une définition incluant les personnes transgenres. D'autre part, on peut qualifier cette règle de conflit de loi unique comme étant libérale⁴⁰⁵. En effet, il suffit d'imaginer l'application de la règle dans une situation de gestation pour autrui. Désigner la loi de la résidence habituelle de la personne qui accouche pour l'établissement de la filiation conduit à désigner la loi qui légalise la gestation pour autrui. Cette règle de conflit s'appliquant à tous les modes d'établissement de la filiation

⁴⁰² En France la Sénat a exprimé son avis défavorable au sein de la résolution n°84 (2022-2023), devenue résolution du Sénat du 22 mars 2023.

⁴⁰³ V. S. FULLI-LEMAIRE, « Vers un droit international privé européen de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2023, p.246. L'auteur fait mention de l'absence de la mention des couples de même sexe déjà au sein du règlement Bruxelles II ter, issu de la procédure de coopération renforcée.

⁴⁰⁴ V. Chapitre II de la proposition de règlement ; V. pour une appréciation de ces règles, R. LEGENDRE « Éclairages sur... A propos de la proposition de règlement européen en matière de filiation », *Rev. crit. DIP*, 2023, p.495.

⁴⁰⁵ S. FULLI-LEMAIRE, Vers un droit international privé européen de la filiation, *Recueil Dalloz*, 2023, p.246.

n'est d'ailleurs pas partagée par le projet de code de droit international privé publié par le ministère de la Justice française et par le groupe d'experts de la Convention de la Haye⁴⁰⁶. Chacun des deux projets retient à la fois une règle de conflit pour les filiations biologiques⁴⁰⁷ et une règle de conflit pour les filiations d'un enfant issu d'une convention de gestation pour autrui. Dans un second temps, l'article 17.1 poursuit « lorsque la résidence habituelle de la personne qui accouche au moment de la naissance ne peut pas être déterminée, la loi de l'État de naissance de l'enfant » est applicable.

De plus, le règlement vient émettre une exception à la règle de principe précédemment énoncée à son article 17.2. En effet, ce dernier prévoit que lorsque la loi applicable en vertu de l'article 17.1 « aboutit à l'établissement de la filiation à l'égard d'un seul parent, la loi de l'État dont ce parent ou le deuxième parent a la nationalité ou la loi de l'État de naissance de l'enfant peut s'appliquer à l'établissement de la filiation à l'égard du deuxième parent ». Cette règle de conflit à coloration matérielle retient une pluralité de rattachement pour favoriser l'établissement de la filiation homoparentale. Au fond, le règlement passe par les règles de conflit pour établir une règle matérielle autorisant l'établissement des filiations homoparentales sur le territoire européen.

Enfin, la proposition de règlement réserve classiquement l'exception d'ordre public international à son article 22.

In fine, la qualité des règles de conflit de loi fait défaut, mais cette uniformisation a le mérite de réduire le forum shopping et le conflit de filiation au stade de la mise en œuvre du raisonnement conflictuel.

101. Sur le terrain de la reconnaissance, le règlement prévoit la reconnaissance *de plano* des décisions judiciaires en matière de filiation⁴⁰⁸. Cette solution est déjà de droit positif au sein de l'ordre juridique français. Il précise également, que cette reconnaissance *de plano* vaut pour les actes authentiques « qui ont un effet juridique contraignant⁴⁰⁹ », comme les reconnaissances de paternité ou de maternité en la forme notariée, pour l'heure toujours soumises au contrôle par la méthode conflictuelle⁴¹⁰. Cette reconnaissance de plein droit emporte la proposition au paroxysme de la libéralisation du droit de la filiation, les États ne pouvant plus opposer leurs règles de reconnaissance sous réserve de l'exception d'ordre public. De plus, pour faciliter cette

⁴⁰⁶ V. Rapport du groupe d'experts, Filiation / Gestation pour autrui de la Convention de la Haye, « Faisabilité d'un ou de plusieurs instruments de droit international privé sur la filiation », Doc. pré-l. No 1 de novembre 2022.

⁴⁰⁷ Le projet de code de droit international privé, publié par le ministère de la justice, retient à son article 59 la loi personnelle de l'enfant pour régir sa filiation.

⁴⁰⁸ V. Article 24 de la proposition de règlement ; ce dernier précise « qu'aucune procédure spéciale n'est requise pour la mise à jour des registres de l'état civil d'un État membre sur la base d'une décision de justice en matière de filiation rendue dans un autre État membre qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État membre. »

⁴⁰⁹ V. article 36 de la proposition de règlement.

⁴¹⁰ S. FULLI-LEMAIRE, *op.cit.*, p.246.

circulation du lien de filiation, la Commission européenne prend exemple sur le règlement « Succession » en proposant la création d'un certificat européen de filiation⁴¹¹. Les autorités de l'État d'établissement de la filiation devront délivrer, à la demande de l'enfant ou des parents, un certificat facilitant la preuve de ce lien de filiation⁴¹². La proposition de règlement fait en sorte que les modèles de filiation les plus libérales puissent circuler librement.

La méthode de la reconnaissance européenne n'exclut pas son influence sur les liens de filiation établi hors de l'Union européenne. Des parents pourraient être tentés de rechercher l'*exequatur* d'une décision étrangère établissant un lien de filiation prohibé dans leur État d'origine européen⁴¹³ devant les juridictions d'un État membre favorable à l'accueil de cette filiation pour tenter de bénéficier, par la suite, du principe de la reconnaissance de plein droit dans les autres États membres⁴¹⁴.

102. Nous retrouvons comme obstacle à l'accueil du lien de filiation dans l'État requis l'exception d'ordre public international, opposable aux décisions⁴¹⁵ et aux actes authentiques ayant un effet juridique contraignant⁴¹⁶. Pour parvenir à une circulation du lien de filiation, il semble nécessaire de limiter l'exception d'ordre public international. Se pose alors la question du contenu de cet ordre public international⁴¹⁷. Notamment de savoir si les États peuvent opposer leurs réticences à l'homoparentalité et à la parentalité d'intention dans le cadre de la mise en oeuvre de cette exception. L'article 31.1.(a) fait apparaître dans un premier temps deux critères : le caractère manifeste de l'atteinte à l'ordre public, et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans cette décision, entendu comme l'intérêt de l'enfant *in concreto*. De plus, les articles 31.2 et 39.2 précisent que dans l'application de l'exception d'ordre public international, les juridictions doivent respecter les « droits et principes fondamentaux énoncés dans la charte, et notamment son article 21 relatif à la non-discrimination ». Or, l'article 21 condamne les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. L'ordre public semble donc « paralysé⁴¹⁸ » en matière d'homoparentalité, permettant ainsi une libre circulation de la filiation homoparentale au détriment des opinions politiques divergentes des États membres. Dans le cas où le règlement serait adopté, la Cour de justice de l'Union européenne devra sûrement délimiter le contenu de

⁴¹¹ V. Chapitre V de la proposition de règlement.

⁴¹² L'article 53 de la proposition de règlement prévoit que « la personne désignée dans le certificat comme étant l'enfant d'un ou de parents donnés est réputée avoir la qualité mentionnée dans ledit certificat.

⁴¹³ Comme issu d'une gestation pour autrui par exemple.

⁴¹⁴ A. MEIER-BOURDEAU, La proposition de règlement européen : quelle incidence sur l'*exequatur* d'une décision étrangère établissant la filiation d'un enfant issu d'une GPA, *AJ Famille*, 2023, p.368.

⁴¹⁵ Article 31.1.(a) de la proposition de règlement.

⁴¹⁶ Article 39.1.(a) de la proposition de règlement.

⁴¹⁷ Cette question se pose également à l'égard de l'exception d'ordre public international au stade de la mise en oeuvre du raisonnement conflictuel.

⁴¹⁸ V. en ce sens, S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, p.246.

cet ordre public respectueux des droits fondamentaux pour en assurer l'application uniforme par les États membres⁴¹⁹.

103. De cette étude textuelle, nous avons le sentiment que la proposition de règlement va bien au-delà de l'objectif de garantir une pleine liberté de circulation aux citoyens européens. Elle impose une vision libérale de la famille aux États membres en réfutant le particularisme de chaque droit national. Mais finalement n'est-ce pas la seule solution pour garantir une continuité du lien de filiation du citoyen européen ?

Un autre facteur est à prendre en compte dans l'étude de cette perspective de libéralisation maximale du droit européen de la filiation : la possible adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne.

Section 2. Les conséquences d'une potentielle adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne

104. Après l'invasion de l'Ukraine par la Russie le 24 février 2022, l'Ukraine a présenté sa demande d'adhésion à l'Union européenne, pour finalement devenir candidate depuis juin 2022. En décembre 2023⁴²⁰, l'Union européenne a voté l'ouverture des négociations d'adhésion avec l'Ukraine. L'issue de ces négociations est incertaine mais elles permettent de s'interroger sur l'évolution du paysage juridique européen en matière de filiation. L'état du droit de la filiation en matière de gestation pour autrui en Ukraine étant empreint de particularisme (§1.), l'adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne serait la cause d'un droit européen de la filiation sans limites (§2.)

§1. L'état du droit de la filiation en Ukraine en matière de gestation pour autrui

105. L'Ukraine est devenu le nouvel « Eldorado » du marché de la gestation pour autrui. A la suite de la prohibition de l'accès à la gestation pour autrui aux couples étrangers en Inde et en Thaïlande, de nombreux couples se dirigent en Ukraine pour avoir recours à des conventions de gestation pour autrui où les tarifs sont beaucoup plus attractifs qu'en Californie par exemple. La gestation pour autrui en Ukraine est un véritable marché économique à l'inverse des quelques

⁴¹⁹ La Cour de justice est compétente pour « contrôler les limites dans le cadre lesquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant ». V. CJUE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98.

⁴²⁰ V. site du Conseil de l'Union européenne, section « politique d'élargissement de l'UE », <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/enlargement/ukraine/>.

États européens encadrant ce type de procréation médicalement assistée. Elle n'est autorisée que pour les couples hétérosexuels mariés, ressortissants ukrainiens ou étrangers. Si le couple est étranger il doit fournir à la clinique ou l'agence responsable de l'opération, un certificat de mariage conforme à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961⁴²¹. Par ailleurs, le processus n'est ouvert que si la mère d'intention⁴²² a des contraintes médicales rendant impossible pour elle la procréation naturelle.

La mère porteuse, quant à elle, doit respecter un certain nombre de conditions : avoir déjà eu un enfant en bonne santé, être de nationalité ukrainienne, ou encore avoir moins de trente-six ans.

En vertu de l'article 123 du code de la famille Ukrainien, dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui ce sont les parents d'intention qui sont les parents légaux dès l'instant de la conception⁴²³. Le lien de filiation des parents d'intention procède du contrat avec la mère porteuse et non de l'accouchement par la mère porteuse. Cette dernière ne peut pas garder l'enfant à la naissance⁴²⁴.

En principe, pour éviter toute dérive comme l'abandon de l'enfant par les parents ou la création d'un réseau de trafic d'enfant, les parents d'intention et la mère porteuse doivent signer un contrat avant l'implantation de l'embryon spécifiant les droits et obligations de chacune des parties⁴²⁵. La conception de l'enfant est négociée par chacune « des parties aux contrats », notamment sur la rémunération de la mère porteuse⁴²⁶, le handicap de l'enfant, et la responsabilité de la mère porteuse dans le cas où elle ne respecterait pas les clauses du contrat⁴²⁷. Nous sommes au cœur de la contractualisation du droit de la filiation⁴²⁸.

Par la suite, le contrat est enregistré par les autorités publiques ukrainiennes, accompagné d'un certificat établi par un juge au registre d'état civil⁴²⁹. A la naissance de l'enfant, le couple obtient un certificat de naissance ukrainien et un passeport pour l'enfant.

Dans les faits, certains couples procèdent à des gestations pour autrui sans signer de contrat. L'absence de contrat peut conduire à des issues dramatiques pour l'enfant comme son abandon

⁴²¹ D. LANCE, J. MERCHANT, « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les cahiers de la justice*, p. 231.

⁴²² V. *supra*, n°29, pour une définition du terme « mère d'intention »

⁴²³ D. LANCE, J. MERCHANT, *op. cit.*, p.231.

⁴²⁴ V. article 319 du code de la famille Ukrainien.

⁴²⁵ D. LANCE, J. MERCHANT, *op. cit.*, p.231.

⁴²⁶ V. article 623 du code civil Ukrainien.

⁴²⁷ D. LANCE, J. MERCHANT, *op. cit.*, p.231.

⁴²⁸ V. D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001. V. S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2022, p.115.

⁴²⁹ D. LANCE, J. MERCHANT, *op. cit.*, p.231.

par les parents d'intention, tout comme la mère d'intention peut décider de le garder au détriment de la volonté des parents d'intention⁴³⁰.

106. Les conditions d'accès à la gestation pour autrui en Ukraine sont donc relativement libérales. Le marché de la gestation pour autrui en Ukraine ne fait que croître depuis 2015⁴³¹. L'Ukraine devient une véritable destination de tourisme procréatif⁴³² pour les parents dont le désir d'un enfant par « procréation » est plus fort que parcourir des centaines de kilomètres pour conclure ce contrat tant espéré. Il est permis d'utiliser l'expression « tourisme procréatif » car plus de 95% des demandes de gestation pour autrui sur le territoire Ukrainien proviennent d'étrangers⁴³³. Le poids des conséquences de cette législation permissive après le retour des parents dans leur État d'origine doit par conséquent être assumé par les autres États européens.

§2. Vers un droit européen de la filiation sans limites

107. Outre la problématique de l'accueil des liens de filiation des enfants issus de ces conventions par les États dont les parents d'intention sont ressortissants⁴³⁴, les conséquences de l'accès à la gestation pour autrui par les citoyens européens en Ukraine se sont fait ressentir au sein de l'Union européenne à deux reprises. L'épidémie de Covid-19 a mis en lumière l'importance du tourisme procréatif en Ukraine. Du fait de la fermeture des frontières Ukrainiennes, les parents d'intention commanditaires d'une gestation pour autrui étaient dans l'impossibilité de se déplacer pour récupérer l'enfant. Cela a conduit à des situations où les enfants devaient attendre leurs parents dans les centres médicaux⁴³⁵. Le Conseil d'État a même été amené à statuer sur cet empêchement⁴³⁶.

Le même problème se produit quelques années plus tard avec l'avènement de la guerre en Ukraine⁴³⁷. La fuite du pays, du fait de la guerre, par les mères porteuses a même conduit à ce qu'elles accouchent dans des États membres européens, dont la France⁴³⁸. L'impact de la

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ Date à laquelle l'Inde et la Thaïlande ont restreint l'accès à la gestation pour autrui à leurs nationaux.

⁴³² V. D. SINDRES, « Tourisme procréatif... », *op.cit.*

⁴³³ Le chiffre provient de B. BALAVOINE, « La GPA en Ukraine : le bonheur de quelqu'un justifie-il l'exploitation des corps des femmes ? », *Les cahiers de santé publique et de protection sociale*, 2022.

⁴³⁴ V. *supra*. Partie I, Chapitre 2, Section 1.

⁴³⁵ V. Le Parisien, « Ukraine : des bébés de mères porteuses bloqués en raison du Covid-19 », 2020. <https://www.leparisien.fr/societe/ukraine-des-bebes-de-meres-porteuses-bloques-en-raison-du-covid-19-14-05-2020-8317443.php>.

⁴³⁶ CE, 15 mai 2020, n°440382. Le Conseil d'État rejette la requête d'un couple qui demande qu'il soit enjoint au ministère des affaires étrangères de solliciter les autorités ukrainiennes pour leur délivrer une autorisation d'entrer sur le territoire.

⁴³⁷ V. I. CORPART, « Incidences du conflit armé en Ukraine sur la gestation pour autrui », *Dalloz actualité*, 2022.

⁴³⁸ V. Le Figaro, « La guerre en Ukraine déplace des GPA en France », 2022. <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/la-guerre-en-ukraine-deplace-des-gpa-en-france-20220427>.

législation ukrainienne permissive à l'égard des étrangers au sein de l'Union européenne est, en conséquence, déjà de droit positif.

108. Une adhésion à l'Union européenne ne ferait qu'accroître l'impact de ces conséquences. Les libertés de circulation étendues au territoire Ukrainien renforceraient la légitimité des parents de statut prohibitif qui s'y rendraient pour un simple « séjour procréatif ». A leur retour dans leur État d'origine, les autorités publiques de ce dernier auraient l'obligation de reconnaître le lien de filiation à l'égard des parents d'intention dès lors que serait en cause l'exercice des droits communautaires de l'enfant et des parents en application de la jurisprudence *Pancharevo*. Cela imposerait aux autorités des États requis qui ne reconnaissent pas ce lien de filiation de délivrer à l'enfant des documents d'identité⁴³⁹, un droit d'accès à la scolarité, ou encore le droit de voyager avec ses parents.

En cas d'adoption de la proposition de règlement européen⁴⁴⁰, le système de reconnaissance *de plano* des décisions et des actes authentiques couplé au certificat européen de filiation instaurerait un véritable droit d'accès à la gestation pour autrui sur le territoire européen.

109. **Conclusion du chapitre.** L'unification des règles de conflit de loi et l'adoption d'un système de reconnaissance *de plano* par la voie réglementaire apparaissent en théorie comme une solution satisfaisante pour supprimer les statuts boiteux en matière de filiation. Néanmoins, en l'état, le règlement nous semble beaucoup trop libéral pour être adopté par l'ensemble des États membres. La Commission européenne a sans doute été trop optimiste dans sa proposition. Sous couvert de la liberté de circulation, elle impose une vision européenne de la famille en totale opposition avec les États membres les plus conservateurs. L'avènement potentiel d'un droit d'accès à la gestation pour autrui par l'adhésion de l'Ukraine pourra sans doute permettre une reconsidération de la proposition par les États.

110. **Conclusion de la seconde partie.** Le second axe de cette présente réflexion a permis de montrer comment les libertés de circulation européennes pouvaient être mobilisées pour permettre la circulation de la filiation du citoyen européen. En premier lieu, il a été démontré par l'étude de l'arrêt *Pancharevo* que les libertés de circulation justifiaient une reconnaissance de ce lien de filiation. Cependant, l'obligation de reconnaissance partielle du lien de filiation imposée par la Cour de justice de l'Union européenne pour permettre la délivrance de documents d'identité nous est apparue insuffisante tant au regard des libertés de circulation que des droits

⁴³⁹ L'hypothèse ne vaut que si les deux parents d'intention ne sont pas ses parents biologiques. Dans le cas contraire l'enfant peut obtenir des papiers d'identité sans contrainte.

⁴⁴⁰ V. *supra*, Partie 2 Chapitre 2, Section 1.

fondamentaux. Ce même constat fait par la Commission européenne nous a permis d'étudier, en second lieu, le rôle des libertés de circulation comme justification à l'adoption d'un règlement qui permettrait la circulation de la filiation du citoyen européen. Ces libertés de circulation nous sont apparues insuffisantes pour assurer l'adoption de la proposition du texte en l'état par les États membres. Sans doute, la circulation du lien de filiation du citoyen européen devra passer par une autre voie législative, ou conventionnelle.

Conclusion générale

111. Cette réflexion sur la circulation du lien de filiation du citoyen européen nous permet de conclure en affirmant qu'en l'état actuel du droit positif il n'est pas possible de parvenir à un droit à la circulation de la filiation sur le territoire européen.

Le premier axe de notre développement nous a montré que les divergences en droit de la filiation des États membres étaient trop grandes pour qu'au stade de la reconnaissance elles ne fassent pas obstacle à la circulation du lien de filiation. L'étude de droit comparé a révélé que ce sont les familles qui s'émancipent du modèle familial traditionnel qui sont touchées par ces statuts boiteux, faute de coordination entre les États. Or, sans évolution des considérations politiques des États qui discriminent les familles homoparentales et les parents « d'intention », les mécanismes de droit international privé feront toujours obstacle à un droit à la circulation du lien de filiation.

Au sein de notre seconde partie, les libertés de circulation sont apparues comme insuffisantes pour pallier les divergences entre les États membres, d'une part pour imposer une obligation de reconnaissance complète du lien de filiation, et, d'autre part, pour légitimer une intervention de l'Union par voie réglementaire pour unifier le droit international privé de la filiation.

A l'heure actuelle, un consensus entre tous les États membres nous semble illusoire. L'Union n'ayant pas la compétence pour imposer l'adoption d'un texte en droit de la famille, aussi faudra-t-il repenser sa compétence en la matière pour parvenir à une circulation *de plano* du lien de filiation afin de supprimer les discriminations à l'égard de ces familles⁴⁴¹. A l'échelle internationale, la suppression des statuts boiteux pourra passer par d'autres voies. L'intervention des droits fondamentaux pour ériger « un droit fondamental à la portabilité du statut personnel » apparaît comme une alternative. Une autre solution serait de passer par un système de coopération entre les États comme le fait la Convention de la Haye du 29 mai 1993 en matière d'adoption internationale. Les travaux de la Convention de la Haye en cours concluent cependant à l'adoption d'une convention fondée sur des règles de reconnaissance de la filiation modérée par une clause d'ordre public⁴⁴². Enfin, dans l'attente de l'adoption d'une convention internationale en la matière certains auteurs⁴⁴³ proposent de tenir compte du point de vue de l'ordre juridique

⁴⁴¹ V. H. FULCHIRON, *op. cit.* p.569. L'auteur envisage l'extension du champ matériel de la reconnaissance dans le cadre des droits et libertés de l'Union.

⁴⁴² V. Rapport du groupe d'experts Filiation / Gestation pour autrui de la Convention de la Haye, « Faisabilité d'un ou de plusieurs instruments de droit international privé sur la filiation », Doc. pré-l. No 1 de novembre 2022, p. 19 et 25.

⁴⁴³ C.PONS, *op. cit.*, pp. 140-42.

dans lequel la filiation a vocation à évoluer pour conditionner la compétence de l'ordre juridique de création du lien de filiation, comme le font déjà les États qui conditionnent l'accès à la gestation pour autrui au respect des critères de rattachements. Faute de parvenir à un droit à la circulation du lien de filiation cette méthode permettrait d'éviter la création d'une filiation boiteuse pour le citoyen européen.

Annexe

Annexe 1

Figure 1. Variety of parent-child relationships



Definitions:

- **bio-genetic affinity**, a parent who has conceived (biological mother) or sired (biological father) rather than adopted a child and whose genes are therefore transmitted to the child. This does not include child-parent relationships established through ART.
- **adoption**, conferring permanent parenthood between adopter and adoptee, and binding the parties to the adoption as well as to the rest of the world.
- **surrogacy**, third-party reproductive arrangement whereby a surrogate carries and delivers a child for another couple or person.
- **assisted reproductive technology (ART)**, any method used to achieve conception involving artificial or partially artificial means and which is undertaken by a medical/health clinic or institution. Two most common ART methods are artificial insemination and invitro fertilisation, sometimes including donation of biological material of a third person. ART is also sometimes referred to as 'medically assisted insemination'.

Source: ICF Elaboration

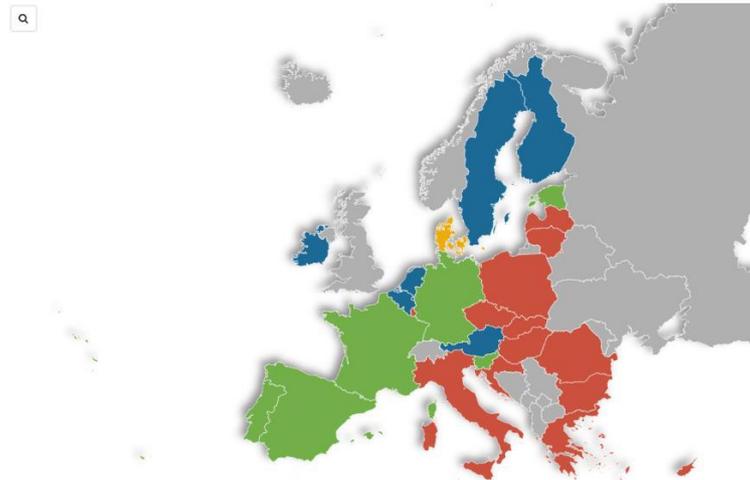
Schéma de la pluralité des modèles de parentalités existants, issu du rapport de l'ICF mandaté par la Commission Européenne « Study to support the preparation of an impact assessment on a possible Union legislative initiative on the recognition of parenthood between Member States » Final Report, p.10.

Annexe 2

Figure 13. Recognition of parenthood for non-genetic parent in same-sex marriage/partnership

Recognition of parenthood for non-genetic parent in same-sex marriage/partnership

- Non-EU
- Parenthood of the non-genetic spouse/registered partner over the child of the genetic parent is established by operation of law
- Recognition of parenthood for the non-genetic parent in the context of same-sex marriage or partnership is not possible
- Not applicable
- The non-genetic spouse/registered partner must adopt the child to become the second parent of the child



Source: XXX.

Cartographie de la reconnaissance de la filiation du conjoint dans les couples de même sexe au sein de l'Union européenne, issu du rapport de l'ICF mandaté par la Commission Européenne « Study to support the preparation of an impact assessment on a possible Union legislative initiative on the recognition of parenthood between Member States », p. 153.

Bibliographie

I. Manuels, traités et ouvrages généraux

B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2022.

D. BUREAU ET H. MUIR WATT, *Droit international privé Tome 2 : partie spéciale*, PUF Thémis, 5^{ème} édition, 2021.

D. BUREAU ET H. MUIR WATT, *Droit international privé Tome 1: partie générale*, PUF Thémis, 5^{ème} édition, 2021.

C. BLUMANN, L. DUBOUIS, N. RUBIO, *Droit matériel de l'Union Européenne*, LGDJ, 9^{ème} édition, 2024.

G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 15^{ème} édition, 2024.

II. Monographies, thèses, et ouvrages collectifs

M. BANDRAC, « Réflexions sur la maternité », *Mélanges Pierre Raynaud*, 1988.

J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, 2^{ème} édition, Répertoire du notariat Defrénois, 1995.

P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2012, Editions A. Pedone, 2013.

H. FULCHIRON, C. BIDAUT-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille de l'Université Lyon 3 (Lyon, 2013), Dalloz, 2014.

S. BOLLÉE, « La gestation pour autrui en droit international privé », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2014, p. 215 et s.

J-J, LEMOULAND, « Famille », *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2015 pp. 38-86.

Y. LECQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Cours général de droit international privé*, 2015, p. 351 et s.

M. CRESP (coord.) J. HAUSER, M. HO-DAC (coord.), *Droit de la famille : Droit français, européen, international et comparé*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2017.

S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2017

P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, M. FARGE, *Droit de la famille : droit interne, européen et international*, Sirey, 8^{ème} édition, 2021.

S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2022.

F. CHÉNEDÉ (dir.), S. BERNIGAUD, A-S CHAVENT-LECLÈRE, *Droit de la famille*, Dalloz Action 2023-2024, 9^{ème} édition, 2022.

M. MESNIL, « La parenté d'intention en droit français. Nouvelle figure du système de filiation ? », *Revue des politiques sociales et familiales*, Éditions Caisse nationale d'allocations familiales, 2023, p. 102.

III. Articles, notes

Articles juridiques :

F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui », *AJ Famille*, 2014, p.300.

H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », *Dalloz actualité*, 2014, 25 septembre 2014.

S. BOLLÉE, « La gestation pour autrui en droit international privé », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2014 p. 215 et s.

D. LANCE, J. MERCHANT, « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les cahiers de la justice*, 2016, p. 231.

D. SINDRES, « Tourisme procréatif et droit international privé », *JDI*, 2015, p. 429.

V. H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue critique de droit international privé*, 2015, p.17 et s.

C.PONS, « La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé », *Revue québécoise de droit international*, Volume 31, numéro1, 2018, pp. 119-142.

S. HEFEZ, « Homoparentalité », *Revue Contraste*, 2018, p. 75.

G. KESSLER, « La consécration par la CJUE du droit de séjour du conjoint de même sexe du citoyen européen : un pas supplémentaire vers la libre circulation des situations familiales au sein de l'Union européenne », *Journal du droit international*, 2019, doct. 2, p.27-47.

C. BIDAUD, « La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français », *Revue critique de droit international privé*, 2020, p.247.

S. CORNELOUP, « Du couple à l'enfant, les libertés de circulation poursuivent leur chemin », *Revue critique de droit international privé*, 2022, p.559.

L. d'AVOUT et R. LEGENDRE, « Mobilité européenne et filiation : état civil à la carte ? », *Recueil Dalloz*, 2022, p.331.

H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », *Recueil Dalloz*, 2022, p.565.

S. WILLIAMS, D. ESKENAZI, M. LUDOVICA de' SANNA, M. VALENTIN, « Le statut légal de la gestation pour autrui en Europe », *AJ Famille*, 2022, p.329.

B. BALAVOINE, « La GPA en Ukraine : le bonheur de quelqu'un justifie-t-il l'exploitation des corps des femmes ? », *Les cahiers de santé publique et de protection sociale*, 2022.

I. CORPART, « Incidences du conflit armé en Ukraine sur la gestation pour autrui », *Dalloz actualité*, 2022.

F. MARCHADIER, « Le droit international et européen de la famille en devenir », *RTD Civ.* 2023, p. 336.

Dossier, GPA et exequatur, *AJ Famille*, 2023, pp.365-392,

- F. GUILLAUME JOLY, « GPA et exequatur : propos introductif », p. 366.

- A. MEIER-BOURDEAU, « La proposition de Règlement européen : quelle incidence sur l'exequatur d'une décision étrangère établissant la filiation d'un enfant issu d'une GPA ? », p. 368.

- A. BOICHÉ, La procédure d'exequatur, p.369

R. LEGENDRE « Éclairages sur... A propos de la proposition de règlement européen en matière de filiation », *Revue critique de droit international privé*, 2023, p.495.

M. MESNIL, « La parenté d'intention en droit français. Nouvelle figure du système de filiation ? », *Revue des politiques sociales et familiales*, Éditions Caisse nationale d'allocations familiales, 2023, pp. 99-108.

S. FULLI-LEMAIRE, « Vers un droit international privé européen de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2023, p.246.

M. HERVIEAU, « Possession d'état : l'absence avérée de lien biologique n'empêche pas l'établissement de la filiation », *Dalloz Actualité Étudiant*, 2023.

A. MARIGNANI, « Quelle place pour l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance dans l'avenir de la filiation en droit international privé ? », *AJ Famille*, 2024, p.84.

R. LEGENDRE, « Filiation internationale : quelles perspectives d'avenir ? », *AJ Famille Dalloz*, 2024, p.73.

Articles de presse :

Le Monde avec l'AFP, « La Grèce légalise le mariage et l'adoption pour les couples de même sexe », publié le 15 février 2015. V. https://www.lemonde.fr/international/article/2024/02/15/la-grece-legalise-le-mariage-et-l-adoption-pour-les-couples-de-meme-sexe_6216773_3210.html.

Le Parisien avec AFP, « Ukraine : des bébés de mères porteuses bloqués en raison du Covid-19 », publié le 14 mai 2020. V. <https://www.leparisien.fr/societe/ukraine-des-bebes-de-meres-porteuses-bloques-en-raison-du-covid-19-14-05-2020-8317443.php>.

A. LECLAIR, « La guerre en Ukraine déplace des GPA en France », Le Figaro, publié le 27 avril 2022. V. <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/la-guerre-en-ukraine-deplace-des-gpa-en-france-20220427>.

V. MALINGRE, « La Commission européenne veut renforcer les droits des enfants issus de familles homoparentales », le Monde, publié le 7 2022. V. https://www.lemonde.fr/international/article/2022/12/07/la-commission-europeenne-veut-renforcer-les-droits-des-enfants-issus-de-familles-homoparentales_6153403_3210.html.

IV. Rapports, observations, autres

Rapports :

Rapport du groupe d'experts Filiation / Gestation pour autrui de la Convention de la Haye, « Faisabilité d'un ou de plusieurs instruments de droit international privé sur la filiation », Doc. prélim. no 1 de novembre 2022. : <https://assets.hcch.net/docs/476ac8f0-c9da-42b4-8f60-2592c1b2a05f.pdf>.

Rapport de l'ICF mandaté par la Commission européenne « Study to support the preparation of an impact assessment on a possible Union legislative initiative on the recognition of parenthood between Member States » Final Report : bit.ly/Filiation_UE_Etude_mars2022.

Observations

Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, 29 mai 2013.

Autres :

Projet de code de droit international privé, publié par le ministère de la Justice français.

Discours sur l'état de l'Union de la présidente de la Commission, Mme Von der Leyen, en session plénière du Parlement européen, 16 septembre 2020.

Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT, présentées le 15 avril 2021 dans l'affaire CJUE, *Stolichna obshtina, rayon « Pancherevo »*, 14 décembre 2021, C-490/20.

Conclusions de l'avocat général J. RICHARD DE LA TOUR, présentées le 7 mai 2024 dans l'affaire CJUE, *Mirin*, C-4/23.

C. TERTRAIS, « Procréation médicalement assistée – Encadrement législatif en Allemagne », Institut européen de bioéthique, 2022. V. <https://www.ieb-eib.org/fr/loi/debut-de-vie/procreation-medicalement-assistee/procreation-medicalement-assistee-encadrement-legislatif-en-allemande-554.html>.

L. GANNAGÉ, Cours du master 2 Droit international privé et du commerce international de l'Université Panthéon Assas, Séminaire de droit international de la famille, 2023.

Résolution n° 84 (2022-2023), devenue résolution du Sénat le 22 mars 2023 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, COM (2022) 695 final.

V. Ressources numériques

CEDH, « *Thème clé de l'article 8 sur la filiation* », dernière mise à jour le 31 août 2023 : <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/la-filiation>

Portail européen e-Justice, "Quelle est la loi nationale applicable ? , : https://ejustice.europa.eu/340/FR/which_country_s_law_applies.

JAFBase, États membres de l'Union européenne, : <http://jafbase.fr/europes>.

Blog H. PERROZ, « Filiation et parentalité : proposition de règlement » :
<https://www.helènepéroz.fr>.

Site du Conseil de l'Union européenne, section « politique d'élargissement de l'UE »,
<https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/enlargement/ukraine/>.

VI. Jurisprudence

CJUE

CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande*, C-9/74.

CJCE, 30 septembre 1975, *Cristini*, C 32/75.

CJCE, 27 septembre 1988, *Mateucci*, C-235/87.

CJCE, 17 juin 1999, *Unibank*, C-260/97.

CJUE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98.

CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99.

CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02.

CJUE, 7 octobre 2010, *Lassal*, C-162/09.

CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08.

CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, C-673/16.

CJUE, *Stolichna obshtina, rayon « Pancherevo »*, 14 décembre 2021, C-490/20.

CJUE, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, 24 juin 2022, C-2/21.

CEDH

CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n°6833/14.

CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, req. n° 16969/90.

CEDH *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, n° 33711/96.

CEDH, *Wagner*, 28 juin 2007, req n°76240/0.

CEDH, *SH et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011, req. n°57812/00.

CEDH, *Menesson et Labassée c. France*, 26 juin 2014, n^{os} 65192/11 et 65941/11.

CEDH, avis consultatif du 10 avril 2019, n°P16-2018-001.

CEDH, *Honner c. France*, 12 novembre 2020, req n°19511/16.

CEDH, S.-H. c. Pologne, 9 dec 2021, req. n°56846/15 et 56849/15.

CEDH, *O.H. et G.H. c. Allemagne*, 4 avril 2023, req. n° 3568/18 et 54741/18.

CEDH, *Baret et Caballero c. France*, 14 septembre 2023, req. n° 22296/20 et 37138/20.

CEDH, *Przybyszewska et autres c. Pologne*, 12 décembre 2023, req. n°11454/17 et autres.

Juridictions françaises civiles

Cass. civ, 28 février 1860, *Bulkley*

Cass. civ., 9 mai 1900, *Wrède*

Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*

Cass. civ. 1^{re}, 17 avril 1953, *Rivière*.

Cass. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, n° 78-14.037

Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 1992, n°91-14.567.

Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n°04-16.942.

Cass. Civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Cornelissen*, n°05-14.082.

Cass. Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n°09-66.486

Cass. Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130

Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n°10-19.053

Cass. Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n°13-50.005

TGI Nanterre, 8 juillet 2014, n°13/14804

Cass. Cour de cassation saisie pour avis, 22 septembre 2014, n°14-70.006

Cass. Ass. plen., 3 juillet 2015, n°15-50.002.

Cass. Civ. 1^{re}, 31 mai 2019, n°90-20.105

Cass. Ass. plen., 4 octobre 2019, n°10-19.053

Cass. Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-12.327

Cass. Civ. 1^{re}, 3 novembre 2021, n°20-50.005

Juridictions françaises administratives

CE, 27 septembre 1997, n°161364

CE, 15 mai 2020, n°440382.

Juridictions étrangères

Bundesgerichtshof, 10 décembre 2010, n°XII ZB 463/13 (Allemagne).

VII. Textes internationaux et européens

Convention européenne des droits de l'homme

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée)

Traité sur l'Union Européenne (version consolidée)

La Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, entrée en vigueur le 11 août 1978.

Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine signée à Oviedo le 4 avril 1997.

Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 7 décembre 2000.

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

Règlement (UE) n°21249/2010 du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (« Rome III »).

Règlement (UE) du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne.

Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (« Bruxelles II ter »).

Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiqués en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, du 7 décembre 2022.

VIII. Textes nationaux

Code civil français.

Code pénal français.

Code de procédure civile français.

Code de procédure civile d'exécution.

Code de la santé publique.

Code civil hellénique.

Code civil ukrainien.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy (code civil polonais).

Bürgerliches Gesetzbuch (code civil allemand).

Table des matières

| | |
|--|------------------|
| REMERCIEMENTS..... | 2 |
| SOMMAIRE..... | 3 |
| INTRODUCTION..... | 5 |
| PARTIE I. LES DIVERGENCES DANS LE DROIT SUBSTANTIEL DE LA FILIATION DES ÉTATS MEMBRES, L'OBSTACLE A LA CIRCULATION DE LA FILIATION DU CITOYEN EUROPEEN..... | 9 |
| CHAPITRE 1. ÉTUDE DE DROIT COMPARE DES DIVERGENCES DANS LE DROIT DE LA FILIATION DES ÉTATS MEMBRES..... | 9 |
| <u>SECTION 1. LES JUSTIFICATIONS DE CES DIVERGENCES</u> | <u>9</u> |
| §1. L'autonomie relative des États membres..... | 9 |
| A. En droit communautaire | 9 |
| B. En droit international..... | 11 |
| 1. Les sources | 12 |
| 2. La méthodologie..... | 14 |
| §2. La pluralité des modes d'établissement du lien de filiation | 16 |
| A. La filiation qui découle de la loi, fondée sur la réalité biologique | 17 |
| B. La filiation qui découle d'un acte juridique..... | 18 |
| C. La filiation qui découle d'un lien socio-affectif | 20 |
| 1- La possession d'état | 20 |
| 2. La parentalité d'intention dans le cadre d'une gestation pour autrui..... | 22 |
| <u>SECTION 2. LES EFFETS DE CES DIVERGENCES</u> | <u>25</u> |
| §1. Dans l'ordre juridique interne..... | 25 |
| A. L'accueil de l'homoparentalité dans l'ordre juridique des États membres..... | 25 |
| B. L'accueil de la parentalité d'intention dans l'ordre juridique des États membres | 28 |
| §2. Dans l'ordre juridique international | 29 |
| A. Des règles de conflits de lois disparates | 29 |
| B. Des méthodes de reconnaissance disparates..... | 32 |
| 1- La reconnaissance du lien de filiation établi par un acte public étranger..... | 32 |
| a. L'acte de naissance étranger | 33 |
| b. L'acte authentique notarié étranger | 34 |
| 2. La reconnaissance du lien de filiation établi par décision de justice | 35 |
| CHAPITRE 2. LES OBSTACLES A LA CIRCULATION DE LA FILIATION DU CITOYEN EUROPEEN | 37 |
| <u>SECTION 1. LES MECANISMES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE COMME OBSTACLES A LA CIRCULATION DU LIEN DE FILIATION.....</u> | <u>37</u> |
| §1. Le contrôle de la loi appliquée par la mise en œuvre de la méthode conflictuelle | 38 |

| | |
|--|-----------|
| §2. L'exception d'ordre public international et la fraude à la loi | 39 |
| A. L'exception d'ordre public international | 39 |
| B. La fraude à la loi | 41 |
| SECTION 2. LA CREATION DE FILIATIONS BOITEUSES SUR LE TERRITOIRE EUROPEEN | 43 |
| §1. La caractérisation du statut boiteux en droit de la filiation..... | 43 |
| §2. Les effets juridiques de ces statuts boiteux..... | 45 |
| A. Les effets juridiques contraignants | 45 |
| B. L'adaptabilité des effets juridiques contraignants au nom de l'intérêt de l'enfant | 45 |
| | |
| PARTIE II. LES LIBERTES DE CIRCULATION AU SERVICE DE LA CIRCULATION DE LA FILIATION DU CITOYEN EUROPEEN..... | 48 |
| | |
| CHAPITRE 1. LES PREMICES D'UN DROIT A LA CIRCULATION DU LIEN DE FILIATION AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE | 48 |
| | |
| SECTION 1. UNE OBLIGATION DE RECONNAISSANCE PARTIELLE DU LIEN DE FILIATION..... | 48 |
| §1. La protection du statut personnel du citoyen européen au nom des libertés de circulation...49 | |
| A. L'historique de la jurisprudence communautaire protectrice du statut personnel du citoyen européen | 49 |
| B. L'arrêt <i>Pancharevo</i> | 51 |
| 1- Analyse factuelle de l'arrêt | 51 |
| 2- Le syllogisme de la Cour du Luxembourg | 52 |
| §2. L'étendue limitée de l'obligation de reconnaissance..... | 54 |
| A. Le champ d'application personnel de l'obligation de reconnaissance du lien de filiation | 55 |
| B. Le champ matériel de l'obligation de reconnaissance | 56 |
| SECTION 2. UNE RECONNAISSANCE PARTIELLE INSUFFISANTE..... | 58 |
| §1. La persistance d'un statut boiteux au regard des libertés de circulation | 58 |
| §2. La persistance d'un statut boiteux au regard des droits fondamentaux | 60 |
| | |
| CHAPITRE 2. UNE PERSPECTIVE DE LIBERALISATION MAXIMALE DU DROIT EUROPEEN DE LA FILIATION | 64 |
| | |
| SECTION 1. LA PROPOSITION DE REGLEMENT EUROPEEN..... | 64 |
| §1. Les justifications de la proposition de règlement | 64 |
| §2. Les objectifs poursuivis par la proposition de règlement | 66 |
| SECTION 2. LES CONSEQUENCES D'UNE POTENTIELLE ADHESION DE L'UKRAINE A L'UNION EUROPEENNE | 69 |
| §1. L'état du droit de la filiation en Ukraine en matière de gestation pour autrui..... | 69 |
| §2. Vers un droit européen de la filiation sans limites | 71 |
| | |
| CONCLUSION GENERALE | 74 |
| | |
| ANNEXE | 76 |
| | |
| BIBLIOGRAPHIE | 77 |

