

**EHRC 2015/95**

**Europees Hof voor de Rechten van de Mens**

27 januari 2015, 25358/12.

( Karakas (President)

Raimondi

Sajó

Vucinic

Keller

Kūris

Spano )

Paradiso en Campanelli

tegen

Italië

Draagmoederschap, Recht op bescherming van familie- en privéleven, Belang van het kind

[ EVRM - 8 ]

## » Samenvatting

De zaak van Paradiso en Campanelli tegen Italië gaat om een koppel (vrouw en man) dat een kind zou hebben verwekt middels kunstmatige inseminatie, dat voldragen werd door een Russische draagmoeder. Eén en ander werd geregeld door een Russisch bedrijf. De twee krijgen een Russische geboorteakte waarin zij als ouders staan vermeld en registreren het kind in Italië. Dan beginnen de problemen. De Italiaanse autoriteiten wijzen er op dat dergelijke vormen van draagmoederschap niet zijn toegestaan in Italië, de geldigheid van de geboorteakte wordt betwist en ook worden de ouders aan een DNA-test onderworpen. Het blijkt dat Paradiso en Campanelli niet de biologische ouders zijn van het kind. De Italiaanse autoriteiten twijfelen vervolgens aan de oprechte intenties van het koppel en menen dat zij slechts een kind hebben

genomen uit egoïstische motieven; ook wordt er getwijfeld aan hun capaciteiten om het kind op te voeden. Het kind wordt daarom uit huis geplaatst en uiteindelijk bij een gastgezin geplaatst; het koppel wordt vervolgd voor fraude en valsheid in geschrifte. Het koppel stapt naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. In deze procedure staan vier vragen centraal: (1) Onder welk recht behandelt het Hof deze zaak, art. 8 EVRM, 12 EVRM of 6 EVRM, eventueel in combinatie met art. 14 EVRM? Het wordt het recht op bescherming van privé- en familielevens. (2) Was er reeds sprake van familielevens nu het koppel slechts gedurende enkele maanden voor het kind heeft gezorgd en Paradiso en Campanelli niet de biologische ouders zijn? Ja, zegt het Hof, maar het wijst ook op het recht op privéleven, dat mede omvat het recht om relaties aan te gaan met anderen, zoals ouders met hun (al dan niet biologische) kind. (3) Was de inbreuk voorgeschreven bij wet? De vraag is of hier het Italiaanse recht van toepassing is of uit moet worden gegaan van het Russische recht. Daaraan gekoppeld hebben beide landen een Conventie getekend waaruit volgt dat landen elkaars documenten zullen erkennen en respecteren. Het EHRM stelt dat de Italiaanse autoriteiten er voor mochten kiezen om het Italiaanse recht toe te passen, onder meer omdat de Conventie ruimte laat voor een discretionaire bevoegdheid van landen, omdat de rechters zich in een conflict van plichten bevonden en omdat niet duidelijk is welke nationaliteit het kind heeft (daar de biologische ouders niet bekend zijn). De inbreuk was dus voorgeschreven bij (Italiaanse) wet. (4) Was de inbreuk noodzakelijk en legitiem in een democratische samenleving? Nee, oordeelt het Hof. Het stelt dat de Italiaanse autoriteiten niet hebben gehandeld in het belang van het kind, maar dat wel hadden moeten doen. Ze hebben zich gericht op het

beschermen van de publieke orde, door het koppel te straffen omdat ze zich niet aan de Italiaanse wet hebben gehouden. Dit had echter niet de overweging mogen zijn van de Italiaanse autoriteiten – het belang van het kind had voorop moeten staan. Het was in het belang van het kind geweest om bij Paradiso en Campanelli op te groeien. Het stel krijgt het kind echter niet terug – dat is ook niet in het belang van het kind.

[beslissing/besluit](#)

## » Uitspraak

### I. Sur les violations alléguées au nom de l'enfant

45. Les requérants se plaignent au nom de l'enfant de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et des mesures d'éloignement et placement adoptées par les juridictions italiennes. Ils allèguent la violation des articles 6, 8 et 14 de la Convention, de la Convention de la Haye ainsi que de la Convention sur la protection des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

46. Selon le Gouvernement, les requérants ne peuvent pas représenter l'enfant devant la Cour, au motif que celui-ci est déjà représenté au niveau national par un tuteur qui est intervenu dans la procédure devant les juridictions nationales. Nommé le 20 octobre 2011 par le tribunal pour mineurs de Campobasso et confirmé par la cour d'appel de Campobasso le 21 février 2012, le tuteur représente l'enfant et gère ses biens. En conclusion, la requête présentée au nom de l'enfant par les requérants, qui défendent leur propre intérêt et non celui de l'enfant, serait, pour cette partie, incompatible *ratione personae*.

47. Les requérants contestent la thèse du Gouvernement.

48. La Cour rappelle qu'il convient d'éviter une approche restrictive ou purement technique en ce qui concerne la représentation des enfants devant les organes de la Convention; en particulier, il faut tenir compte des liens entre l'enfant concerné et ses "représentants", de l'objet et du but de la requête ainsi que de l'existence éventuelle d'un conflit d'intérêts (*Moretti et Benedetti c. Italie*, no 16318/07, § 32, 27 avril 2010; voir aussi *S.D., D.P., et T. c. Royaume-Uni*, no 23714/94, décision de la Commission du 20 mai 1996, non publiée).

49. En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que les requérants n'ont aucun lien biologique avec l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si le certificat de naissance établi en Russie a déployé des effets en Italie et lesquels, l'enfant a été placé sous tutelle depuis le 20 octobre 2011 et a été représenté par le tuteur dans les procédures internes. La procédure visant la reconnaissance du lien de filiation en Italie n'a pas abouti et l'enfant a une nouvelle identité et un nouveau certificat de naissance. Les requérants ont été déboutés de la procédure visant l'adoption de l'enfant. La procédure visant à donner en adoption l'enfant à une autre famille est en cours, et l'enfant est déjà placé dans une famille d'accueil. Aucune procuration n'a été signée en faveur des requérants pour que les intérêts de l'enfant soient représentés par eux devant la Cour. Ceci implique que les requérants ne possèdent pas, d'un point de vue juridique, la qualité nécessaire pour représenter les intérêts du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire.

50. Dans ces circonstances, la Cour estime que les requérants n'ont pas qualité pour agir devant la Cour pour le compte de l'enfant

(*Moretti et Benedetti*, précité, § 35). Cette partie de la requête doit donc être rejetée comme étant incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de celle-ci.

## **II. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la Convention par les requérants en leur nom**

51. Les requérants allèguent que le refus par les autorités italiennes d'enregistrer le certificat de naissance délivré en Russie et les décisions d'éloignement de l'enfant adoptées par les juridictions nationales ont méconnu la Convention de la Haye conclue le 5 octobre 1961 et ont porté atteinte à leur vie privée et familiale telle que garantie par l'article 8 de la Convention. Ils allèguent en outre la violation de l'article 6, au motif que la procédure portant sur l'éloignement du mineur n'a pas été équitable.

52. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

53. Selon une jurisprudence constante, les Parties contractantes sont responsables en vertu de l'article 1 de la Convention de toutes les actions et omissions de leurs organes, que celles-ci découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales. L'article 1 ne fait aucune distinction à cet égard entre les différents types de normes ou de mesures et ne soustrait aucune partie de la "juridiction" des Parties contractantes à l'empire de la Convention. La Cour rappelle que la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international. En vertu de l'article 33 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation d'un traité doit se faire en tenant compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations avec les parties, en

particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme (voir, entre autres, *Nada c. Suisse* [GC], no 10593/08, §§ 168-169, CEDH 2012). Ainsi, même si le droit d'obtenir la transcription d'un certificat de naissance étranger ne figure pas en tant que tel parmi les droits garantis par la Convention, la Cour va examiner la requête sous l'angle de la Convention dans le contexte des autres traités internationaux pertinents.

54. Maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause, la Cour estime approprié d'examiner cette partie de la requête uniquement sous l'angle de l'article 8 de la Convention, lequel exige que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte, comme il se doit, les intérêts protégés par cette disposition (*Moretti et Benedetti*, précité, § 49; *Havelka et autres c. République tchèque*, no 23499/06, §§ 34-35, 21 juin 2007; *Kutzner c. Allemagne*, no 46544/99, § 56, CEDH 2002-I; *Wallová et Walla c. République tchèque*, no 23848/04, § 47, 26 octobre 2006). L'article 8 de la Convention dispose ainsi dans ses parties pertinentes:

"1. Toute personne a droit au respect de sa vie (...) familiale (...).

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

### **A. Sur la recevabilité**

#### ***1. Sur l'exception tirée de l'article 34 de la Convention***

55. Le Gouvernement excipe que les requérants ne peuvent pas agir devant la Cour au sens de l'article 34 de la Convention, car l'enfant a été mis sous tutelle.

56. Les requérants s'opposent à cette thèse.

57. La Cour doit examiner la question de savoir si les requérants peuvent ester en justice et s'ils peuvent se prétendre victimes des violations alléguées au sens de l'article 34 de la Convention. Elle note à cet égard que les juridictions italiennes ont reconnu la qualité pour agir en justice des requérants, étant donné que ceux-ci étaient les parents de l'enfant d'après le certificat de naissance russe, et qu'au moins initialement, les intéressés avaient l'autorité parentale sur l'enfant. Il s'ensuit que les requérants peuvent soulever leurs griefs devant la Cour au sens de l'article 34 de la Convention. L'exception du Gouvernement doit dès lors être rejetée.

## ***2. Sur l'exception de non épuisement des voies de recours internes***

58. Le Gouvernement a observé que les procédures nationales étaient pendantes. Il s'est référé en particulier à la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants et à la procédure se déroulant devant le tribunal pour mineurs de Campobasso. Invité par la suite (paragraphe 4 ci-dessus) à préciser s'il existait un remède efficace pour contester la décision de la cour d'appel de Campobasso ayant confirmé le refus de transcrire le certificat de naissance, et s'il existait un remède efficace pour contester la décision d'exclusion de la procédure du tribunal pour mineurs, le Gouvernement a répondu par l'affirmative. Toutefois, il n'a pas déposé de jurisprudence pertinente.

59. Les requérants s'opposent à la thèse du Gouvernement.

60. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes tels qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 65-69, *Recueil des arrêts et décisions* 1996 IV). Elle se doit de décider si les requérants ont satisfait à cette condition.

61. La Cour relève en premier lieu que la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants était pendante au moment de l'introduction de la requête. Toutefois, elle note, d'une part, que les juridictions civiles ont adopté leurs décisions sans attendre l'issue de cette procédure, d'autre part, que les griefs des requérants ne visent pas la procédure pénale en tant que telle. Par conséquent, un problème de non-épuisement des voies de recours internes ne se pose pas sur ce point et la Cour considère que l'exception du Gouvernement n'est pas pertinente et doit être rejetée.

62. S'agissant de la procédure intentée par les requérants dans le but d'obtenir la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, la Cour note que les requérants n'ont pas formé un pourvoi en cassation contre la décision de la cour d'appel de Campobasso ayant rejeté leur recours en date du 3 avril 2013. Le Gouvernement a affirmé l'existence et l'efficacité d'un tel pourvoi sans fournir de jurisprudence pertinente.

La Cour ne dispose donc pas de décisions rendues par la Cour de cassation dans des cas analogues, où l'enjeu serait également la reconnaissance d'un acte étranger contraire au droit national. Elle est toutefois convaincue que la situation dénoncée par les

requérants aurait dû être soumise à l'appréciation de la Cour de cassation, qui est l'instance nationale susceptible d'interpréter la loi. Il s'ensuit que, sur ce point, les requérants n'ont pas satisfait à la condition d'épuisement des voies de recours internes.

Le grief tiré de l'impossibilité d'obtenir la transcription du certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil doit dès lors être rejeté conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

63. S'agissant du grief tiré des mesures d'éloignement et mise sous tutelle de l'enfant, la Cour relève que la décision du tribunal pour mineurs de Campobasso du 20 octobre 2011 a été attaquée devant la cour d'appel de Campobasso. Cette dernière a rejeté le recours des requérants et a confirmé les mesures le 28 février 2012. Étant donné le caractère non définitif de ce type de décisions, il n'était pas possible de se pourvoir en cassation (paragraphe 41 ci-dessus).

La Cour estime dès lors que les requérants ont épuisé les voies de recours internes sur ce point. Elle constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. La Cour relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

64. Quant à la décision prononcée par le tribunal pour mineurs de Campobasso le 5 juin 2013, ayant décrété que les intéressés ne pouvaient pas poursuivre la procédure concernant l'enfant dénommé Teodoro Campanelli car ils n'avaient plus la qualité pour agir, la Cour note que les requérants n'ont pas attaqué cette décision devant la cour d'appel et puis devant la Cour de cassation. Toutefois, au vu des circonstances

de l'espèce, la Cour doute de l'efficacité de ces remèdes en l'espèce. En effet, la décision du tribunal pour mineurs en question a été prononcée environ vingt mois après le moment de l'éloignement de l'enfant. Ce dernier, considéré en état d'abandon à défaut de liens biologiques avec au moins un des requérants, avait été placé aux fins de l'adoption auprès d'une famille depuis au moins janvier 2013. Le tribunal pour mineurs était appelé à se prononcer sur l'adoption de l'enfant dans le cadre d'une autre procédure, ouverte entre-temps à l'égard de l'intéressé sous sa nouvelle identité, à laquelle les requérant n'avaient pas la possibilité de participer. De plus, le Gouvernement n'a fourni aucune décision montrant que dans un tel cas les recours disponibles auraient eu une chance raisonnable de succès. La Cour estime dès lors que même si des recours étaient ouverts contre la décision du tribunal pour mineurs du 5 avril 2013, les requérants n'étaient pas tenus de les épuiser (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 66-67, *Recueil* 1996 IV; *Scordino c. Italie* (déc.), no 36813/97, CEDH 2003 IV).

## **B. Sur le fond**

### ***1. Arguments des parties***

65. Les requérants observent que le problème soulevé par la requête ne concerne ni la maternité de substitution, ni la procréation assistée, ni les liens génétiques entre parents et enfants ni, enfin, l'adoption. Le problème en cause est le refus de reconnaître un certificat de naissance délivré par les autorités russes compétentes et l'éloignement de l'enfant décidé par les autorités italiennes. Malgré l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation et malgré l'éloignement de l'enfant, les requérants ont l'autorité parentale sur ce dernier, même s'ils ne sont pas ses parents

biologiques, et ce grâce au certificat de naissance, délivré par les autorités russes compétentes.

Le certificat litigieux est authentique, comme le prouve l'apostille, et, au nom de la sécurité juridique, il aurait dû être enregistré conformément à la Convention de la Haye sur l'apostille conclue le 5 octobre 1961. Il a été délivré conformément au droit russe, selon lequel il n'est pas nécessaire d'avoir un lien génétique pour établir un lien de filiation. L'origine de l'enfant a été établie par les autorités russes compétentes qui ont tenu compte de toutes les circonstances de sa naissance. L'avocat des requérants a soumis à cet égard un article rédigé par lui-même et publié dans "Open Access Scientific Reports". Il ressort de cet article que la donation de gamètes et d'embryons est permise en Russie, même au niveau commercial. La maternité subrogée à des fins commerciales n'est pas interdite non plus. Il est donc possible en Russie d'acheter des gamètes auprès d'une banque (*IVF clinic's database*); de cette façon les gamètes achetés par les parents potentiels deviennent "leurs" gamètes, ce qui leur permettra d'être considérés comme parents.

Les requérants n'ont jamais commis d'infractions en Russie. Ils n'en ont pas commis non plus en Italie. Ils étaient libres de passer la frontière et d'aller là où la législation permet la fécondation *in vitro* hétérologue. En prétendant, à tort et sans fournir de raisons valables, que le certificat de naissance était faux, les autorités italiennes ont agi illégalement. Le seul critère qui aurait dû guider les autorités italiennes dans leurs décisions devait être l'intérêt de l'enfant: celui de pouvoir rester auprès des requérants.

66. Le Gouvernement fait observer qu'en délivrant les documents de voyage

permettant à l'enfant de partir en Italie, le Consulat italien de Moscou a respecté ses obligations internationales. L'apostille apposée sur le certificat de naissance russe n'empêchait toutefois pas les autorités italiennes de vérifier la véracité du contenu du dossier lié à la naissance de l'enfant. Le droit italien trouve à s'appliquer en l'espèce. L'article 18 du DPR no 396/2000 appelle les autorités italiennes à vérifier si l'acte de naissance est contraire ou non à l'ordre public interne et donc s'il est apte ou pas à être transcrit dans les registres de l'état civil. La filiation se détermine au sens de l'article 33 de la loi sur le droit international privé. Les juridictions nationales ont prouvé l'absence de tout lien biologique entre les requérants et l'enfant. Il s'agit donc d'un certificat de naissance faux dans son contenu. À supposer qu'il y ait eu une ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, celle-ci est conforme à l'article 8 de la Convention car elle repose sur une base légale, elle répond au but de protéger l'enfant et est nécessaire dans une société démocratique. Étant donné l'agrément qu'ils avaient obtenu, les requérants auraient pu adopter un enfant, d'autant plus que l'accord bilatéral conclu entre l'Italie et la Russie le 6 novembre 2008 a permis 781 adoptions régulières dans la seule année 2011. Le Gouvernement fait enfin observer qu'il n'y a pas de consensus européen en matière de gestation pour autrui.

## ***2. Appréciation par la Cour***

### ***a) Sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention***

67. Conformément à sa jurisprudence, la Cour relève que la question de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31,

Série A no 31; *K. et T. c. Finlande* [GC], no 25702/94, § 150, CEDH 2001 VII). La notion de “famille” visée par l’article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d’autres liens “familiaux” *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et une relation a suffisamment de constance (*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 30, série A no 297-C; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 55, série A no 112; *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44, série A no 290; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 36, *Recueil* 1997 II). Par ailleurs, les dispositions de l’article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d’adopter (*E.B. c. France* [GC], no 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). Le droit au respect d’une “vie familiale” ne protège pas le simple désir de fonder une famille; il présuppose l’existence d’une famille (*Marckx*, précité, § 31), voire au minimum d’une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c. Finlande* (déc.), no 27110/95, CEDH 1999-VI), d’une relation née d’un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 62, série A no 94), ou encore d’une relation née d’une adoption légale et non fictive (*Pini et autres c. Roumanie*, nos 78028/01 et 78030/01, § 148, CEDH 2004-V).

68. La Cour note que le cas d’espèce présente des similitudes avec l’affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (no 76240/01, 28 juin 2007). Dans l’affaire luxembourgeoise il était question de l’impossibilité d’obtenir la reconnaissance au Luxembourg de la décision judiciaire péruvienne prononçant l’adoption plénière d’une requérante au profit d’une deuxième requérante. La Cour a reconnu l’existence

d’une vie familiale malgré l’absence de reconnaissance de l’adoption, en prenant en compte le fait que des liens familiaux *de facto* existaient depuis plus de dix ans entre les requérantes et que la deuxième se comportait à tous égards comme la mère de la mineure.

Dans une autre affaire (*Moretti et Benedetti*, précitée, §§ 50-52), il était question d’un couple marié de requérants qui avaient accueilli un enfant âgé d’un mois dans leur famille. Ils avaient passé dix-neuf mois avec lui avant que les juridictions italiennes ne décident de placer l’enfant auprès d’une autre famille aux fins d’adoption. La Cour a également conclu à l’existence d’une vie familiale *de facto*, confirmée entre autres par les expertises conduites sur la famille, malgré l’absence de tout rapport juridique de parenté (§§ 50-52).

69. En l’espèce, les requérants se sont vu refuser la transcription de l’acte de naissance russe qui avait établi la filiation. Ce certificat n’ayant pas été reconnu en droit italien, il n’a pas fait naître un rapport juridique de parenté à proprement parler, même si les requérants ont eu, au moins initialement, l’autorité parentale sur l’enfant, comme le prouve la demande de suspension de l’autorité parentale introduite par le curateur. La Cour se doit dès lors de prendre en compte les liens familiaux *de facto*. À cet égard, elle relève que les requérants ont passé avec l’enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie: six mois en Italie, à partir du troisième mois de vie de l’enfant. Avant cette période, la requérante avait déjà passé quelques semaines avec lui en Russie. Même si la période en tant que telle est relativement courte, la Cour estime que les requérants se sont comportés à l’égard de l’enfant comme des parents et conclut à l’existence d’une vie familiale *de facto* entre les requérants et

l'enfant. Il s'ensuit que l'article 8 de la Convention s'applique en l'espèce.

70. À titre surabondant, la Cour note que, dans le cadre de la procédure engagée pour obtenir la reconnaissance de la filiation, le requérant s'est soumis à un test ADN. Il est vrai qu'aucun lien génétique n'a été établi entre le requérant et l'enfant (*a contrario*, *Keegan*, précité, § 45). Toutefois, la Cour rappelle que l'article 8 protège non seulement la "vie familiale", mais aussi la "vie privée". Cette dernière inclut, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (*mutatis mutandis*, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A no 251-B.). Il semble d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de vie privée comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur (*Mikulic c. Croatie*, no 53176/99, § 53, CEDH 2002 I). La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (*Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 39, série A no 160). En l'espèce, le requérant a cherché, par la voie judiciaire, à établir s'il était géniteur. Sa demande de reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger s'est donc doublée d'une quête de la vérité biologique, visant à déterminer ses liens avec l'enfant. En conséquence, il existait une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée du requérant. Il s'ensuit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention (*Mikulic*, précité, § 55).

### ***b) Sur l'observation de l'article 8 de la Convention***

71. En l'espèce, les requérants se sont vu refuser, de la part du tribunal pour mineurs de Campobasso et de la cour d'appel de Campobasso, la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et ont été frappés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant. Aux yeux de la Cour cette situation s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 123). Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si elle remplit les conditions cumulatives d'être prévue par la loi, de poursuivre un but légitime, et d'être nécessaire dans une société démocratique. La notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché (*Gnahoré c. France*, no 40031/98, § 50, CEDH 2000 IX; *Pontes c. Portugal*, no 19554/09, § 74, 10 avril 2012).

72. S'agissant de la question de savoir si cette ingérence était "prévue par la loi", la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 5 de la Convention de la Haye de 1961, le seul effet de l'apostille est celui de certifier l'authenticité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. Il ressort du rapport explicatif de ladite Convention que l'apostille n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu'ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé. En l'espèce, les juridictions italiennes ne se sont pas basées sur le certificat de naissance étranger mais elles ont opté pour l'application du droit italien s'agissant du lien de filiation. En fait,

l'application des lois italiennes qui a été faite en l'espèce par le tribunal pour mineurs découle de la règle des conflits des lois selon laquelle la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. En l'espèce, compte tenu de ce que l'enfant est issu de gamète de donneurs inconnus, la nationalité de l'enfant n'était pas établie. Dans cette situation, la Cour estime que l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire. Enfin, la Cour relève que les mesures à l'égard de l'enfant prises par le tribunal pour mineurs et confirmées par la cour d'appel de Campobasso s'appuient sur les dispositions de droit interne.

Il s'ensuit que l'ingérence – fondée en particulier sur les articles pertinents de la loi sur le droit international privé et de la loi sur l'adoption internationale – était “prévue par la loi”.

73. S'agissant du but légitime, aux yeux de la Cour, il n'y a pas lieu de douter que les mesures prises à l'égard de l'enfant tendaient à la “défense de l'ordre”, dans la mesure où la conduite des requérants se heurtait à la loi sur l'adoption internationale et le recours aux techniques de reproduction assistée hétérologue était, à l'époque des faits, interdit. En outre, les mesures en question visaient la protection des “droits et libertés” de l'enfant.

74. Pour apprécier la “nécessité” des mesures litigieuses “dans une société démocratique”, la Cour examine, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour les justifier sont pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8. Dans les affaires délicates et complexes, la marge d'appréciation laissée aux autorités

nationales compétentes varie selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu. Si les autorités jouissent d'une grande latitude en matière d'adoption (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 127) ou pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en particulier lorsqu'il y a urgence, la Cour doit néanmoins avoir acquis la conviction que dans l'affaire en question, il existait des circonstances justifiant le retrait de l'enfant. Il incombe à l'État défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution (*K. et T. c. Finlande* [GC], no 25702/94, § 166, CEDH 2001 VII; *Kutzner*, précité, § 67).

75. Dans la présente affaire, la question est de savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés en jeu, fondés sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, §§ 133-134; *Menesson c. France*, no 65192/11, § 81, CEDH 2014 (extraits); *Labassee c. France*, no 65941/11, § 60, 26 juin 2014).

76. La Cour relève qu'en l'espèce il y a l'absence avérée de liens génétiques entre l'enfant et les requérants. Ensuite, la loi russe ne précise pas si entre les futurs parents et l'enfant à naître il faut un lien biologique. En outre, les requérants n'ont pas argué devant les juridictions nationales que le droit russe n'exigeait pas un lien génétique avec au moins un des futurs parents pour parler de gestation pour autrui. Compte tenu de ces éléments, la Cour estime qu'il n'est pas

nécessaire de comparer la législation des États membres afin de voir si, en matière de gestation pour autrui, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, la Cour est confrontée à un dossier dans lequel une société russe – pour laquelle travaille l'avocat qui représente les requérants à Strasbourg – a encaissé une somme d'argent des requérants; elle a acheté des gamètes de donneurs inconnus; elle a trouvé une mère porteuse et lui a fait implanter les embryons; elle a remis l'enfant aux requérants; elle les a aidés à obtenir le certificat de naissance. Pour mieux expliquer ce processus, l'avocat en question a indiqué qu'il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi "ses" embryons. Indépendamment de toute considération éthique quant aux agissements de la société Rosjurconsulting, les conséquences de ces agissements ont été très lourdes pour les requérants, surtout si l'on prend en compte le fait que le requérant était certain d'être le père biologique de l'enfant et qu'à ce jour il n'a pas été démontré qu'il n'était pas de bonne foi.

77. L'application du droit national a eu pour conséquence la non reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient pas un lien génétique avec l'enfant. La Cour ne néglige pas les aspects émotionnels de ce dossier où il a été question, pour les requérants, de constater leur incapacité à procréer; de demander l'agrément pour adopter; une fois l'agrément obtenu en décembre 2006, d'attendre pendant des années de pouvoir adopter en faisant face à la pénurie d'enfants adoptables; de nourrir un espoir lorsqu'en 2010, les requérants se sont résolus à souscrire un contrat avec Rosjurconsulting et lorsqu'ils ont appris la naissance de l'enfant; de sombrer dans le désespoir lorsqu'ils ont

appris que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant.

Les juridictions nationales ont examiné l'argument du requérant selon lequel il y avait eu une erreur à la clinique russe car son liquide séminal n'avait pas été utilisé. Elles ont toutefois estimé que la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut.

Selon la Cour, en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable (*a contrario*, *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 135).

78. Il reste néanmoins à savoir si, dans une telle situation, les mesures prises à l'égard de l'enfant – notamment son éloignement et sa mise sous tutelle – peuvent passer pour des mesures proportionnées, à savoir si l'intérêt de l'enfant a été pris en compte de manière suffisante par les autorités italiennes.

79. La Cour note à cet égard que le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant était sans environnement familial adéquat aux termes de la loi sur l'adoption internationale. Pour parvenir à cette conclusion, les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants versaient: ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à Rosjurconsulting une volonté de court-

circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors on pouvait douter de leurs capacités affective et éducative. Il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui. La perspective suivie par les juridictions nationales répondait manifestement au besoin de mettre un terme à la situation d'illégalité.

80. Selon la Cour, la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre. À cet égard, la Cour rappelle que dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* précitée, les autorités luxembourgeoises n'avaient pas reconnu la filiation établie à l'étranger au motif que celle-ci se heurtait à l'ordre public; cependant, elles n'avaient adopté aucune mesure visant l'éloignement du mineur ou l'interruption de la vie familiale. En effet, l'éloignement de l'enfant du contexte familial est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort. Pour qu'une mesure de ce type se justifie, elle doit répondre au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 148, CEDH 2000 VIII; *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], no 41615/07, § 136, CEDH 2010; *Y.C. c. Royaume-Uni*, no 4547/10, §§ 133-138, 13 mars 2012; *Pontes c. Portugal*, no 19554/09, §§ 74-80, 10 avril 2012). Le seuil établi dans la jurisprudence est très élevé, et la Cour estime utile de rappeler les

passages suivants tirés de l'arrêt *Pontes* précité:

“§ 74. La Cour rappelle que, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (*Kutzner*, précité, § 58) et que des mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention (*K. et T. c. Finlande* [GC], no 25702/94, § 151, CEDH 2001-VII). Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, “prévue par la loi”, elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est “nécessaire, dans une société démocratique” pour les atteindre. La notion de “nécessité” implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché (*Couillard Maugery c. France*, no 64796/01, § 237, 1er juillet 2004).

§ 75. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il met de surcroît à la charge de l'État des obligations positives inhérentes au “respect” effectif de la vie familiale. Ainsi, là où l'existence d'un lien familial se trouve établie, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés (voir, par exemple, *Eriksson c. Suède*, 22 juin 1989, § 71, série A no 156; *Olsson c. Suède (no 2)*, 27 novembre 1992, § 90, série A no 250; *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, no 31679/96, § 94, CEDH 2000-I; *Gnahoré c. France*, no 40031/98, § 51, CEDH 2000-IX et, dernièrement, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], no 41615/07, § 140, CEDH 2010). La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier,

dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents – ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public – (*Maumousseau et Washington c. France*, no 93388/05, § 62, CEDH 2007 XIII), en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante (dans ce sens *Gnahoré*, précité, § 59, CEDH 2000-IX), pouvant, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents (*Sahin c. Allemagne* [GC], no 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII). L'intérêt de ces derniers, notamment à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant, reste néanmoins un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu (*Haase c. Allemagne*, no 11057/02, § 89, CEDH 2004-III (extraits), ou *Kutzner c. Allemagne*, précité, § 58). Dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, *W., B. et R. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A no 121, §§ 60 et 61, et *Gnahoré*, précité, § 52). La Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités internes pour réglementer la prise en charge d'enfants par l'administration publique et les droits des parents de ces enfants, mais d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation (*Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A no 299 A).

§ 76. La Cour rappelle que, si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, le processus décisionnel lié aux mesures d'ingérence doit être équitable et propre à respecter les intérêts protégés par cette disposition. Il échet dès lors de déterminer, en fonction des circonstances de chaque espèce et notamment de la gravité des mesures à prendre, si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez

grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts. Dans la négative, il y a manquement au respect de leur vie familiale et l'ingérence résultant de la décision ne saurait passer pour "nécessaire" au sens de l'article 8 (*W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, § 64, série A no 121).

§ 77. Pour apprécier la "nécessité" de la mesure litigieuse "dans une société démocratique", la Cour considérera si, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les motifs invoqués à l'appui de celle-ci étaient pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. À cette fin, elle tiendra compte du fait que l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave; une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 148, CEDH 2000-VIII).

§ 78. Si les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier en particulier la nécessité de prendre en charge un enfant, il lui faut en revanche exercer un contrôle plus rigoureux sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités au droit de visite des parents, et sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et des enfants au respect de leur vie familiale. Ces restrictions supplémentaires comportent le risque d'amputer les relations familiales entre les parents et un jeune enfant (*Gnahoré* précité, § 54, et *Sahin c. Allemagne* [GC], no 30943/96, § 65, CEDH 2003-VIII).

§ 79. D'un côté, il est certain que garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au

développement de ses enfants (*Sahin* précité, § 66). De l'autre côté, il est clair qu'il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne: briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines. Il en résulte que l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, "reconstituer" la famille (*Gnahoré* précité, § 59).

§ 80. La Cour rappelle par ailleurs que, dans les affaires touchant la vie familiale, le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. En effet, la rupture de contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent (*Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, précité, § 102; *Maire c. Portugal*, no 48206/99, § 74, CEDH 2003-VI)."

La Cour estime utile de rappeler également les passages suivants tirés de l'arrêt *Zhou c. Italie*, no 33773/11, §§ 55-56, 21 janvier 2014):

"§ 55 La Cour rappelle que dans des cas si délicats et complexes, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes varie selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu. Si les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en particulier lorsqu'il y a urgence, la Cour doit néanmoins avoir acquis la conviction que dans l'affaire en question, il existait des circonstances justifiant le retrait de l'enfant. Il incombe à l'État défendeur d'établir que

les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution (*K. et T. c. Finlande* [GC], précité, § 166; *Kutzner c. Allemagne*, précité, § 67, CEDH 2002-I).

§ 56 À la différence d'autres affaires que la Cour a eu l'occasion d'examiner, l'enfant de la requérante en l'espèce n'avait pas été exposée à une situation de violence ou de maltraitance physique ou psychique (voir, *a contrario*, *Dewinne c. Belgique* (déc.), no 56024/00, 10 mars 2005; *Zakharova c. France* (déc.), no 57306/00, 13 décembre 2005), ni à des abus sexuels (voir, *a contrario*, *Covezzi et Morselli c. Italie*, no 52763/99, § 104, 9 mai 2003). La Cour rappelle avoir conclu à la violation dans l'affaire *Kutzner c. Allemagne*, (§ 68, précité) dans laquelle les tribunaux avaient retiré l'autorité parentale aux requérants après avoir constaté un déficit affectif de ces-derniers, et a déclaré la non violation de l'article 8 dans l'affaire *Aune c. Norvège*, (no 52502/07, 28 octobre 2010), où la Cour avait relevé que l'adoption du mineur n'avait en fait pas empêché la requérante de continuer à entretenir une relation personnelle avec l'enfant et n'avait pas eu pour conséquences de couper l'enfant de ses racines. Elle a également constaté la violation de l'article 8 dans une affaire (*Saviny c. Ukraine*, n 39948/06, 18 décembre 2008) où le placement des enfants des requérants avait été justifié en raison de leur incapacité de garantir des conditions de vie adéquates (le manque de moyens financiers et de qualités personnelles des intéressés mettaient en péril la vie, la santé et l'éducation morale des enfants). Au demeurant, dans une affaire où le placement des enfants avait été ordonné en raison d'un déséquilibre psychique des parents, la Cour a conclu à la non violation de l'article 8

en tenant en compte également de ce que le lien entre les parents et les enfants n'avait été coupé (*Couillard Maugery c. France*, précité).”

81. La Cour reconnaît que la situation qui se présentait aux juges nationaux en l'espèce était délicate. En effet, de graves soupçons pesaient sur les requérants. Au moment où le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des requérants, il a pris en compte le préjudice certain qu'il subirait mais, vu la courte période qu'il avait passée avec eux et son bas âge, il a estimé que l'enfant surmonterait ce moment difficile de sa vie. Cependant la Cour estime que les conditions pouvant justifier le recours aux mesures litigieuses n'étaient pas remplies, et ce pour les raisons suivantes.

82. Tout d'abord, le seul fait que l'enfant aurait développé un lien affectif plus fort vis-à-vis de ses parents d'intention pour le cas où il serait resté auprès d'eux ne suffit pas pour justifier son éloignement.

83. Ensuite, s'agissant de la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants, la Cour note d'emblée que la cour d'appel de Campobasso avait estimé qu'il n'était pas nécessaire d'en attendre l'issue car la responsabilité pénale des intéressés ne jouait aucun rôle (paragraphe 25 ci-dessus), de sorte que les soupçons pesant sur les intéressés ne suffisent pas non plus pour justifier les mesures litigieuses. Aux yeux de la Cour, il n'est en tout cas pas possible de spéculer sur l'issue de la procédure pénale. En outre, seulement en cas de condamnation pour l'infraction prévue à l'article 72 de la loi sur l'adoption les requérants seraient devenus légalement incapables d'adopter ou accueillir l'enfant en placement.

84. À ce dernier égard, la Cour relève que les requérants, jugés aptes à adopter en

décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément (paragraphe 12 ci-dessus), ont été jugés incapables d'éduquer et aimer l'enfant au seul motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux.

85. Enfin, la Cour note que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or, il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale (voir l'article 7 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, 1577 Recueil des Traités 3).

86. Compte tenu de ces éléments, la Cour n'est pas convaincue du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

87. En conclusion, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

88. Compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013, le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait donc être compris comme obligeant l'État à remettre le mineur aux intéressés.

### **III. Sur les autres violations**

89. Les requérants allèguent enfin que la non reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger constitue une violation de l'article

14 de la Convention combiné avec l'article 8, et de l'article 1 du protocole no 12.

La Cour relève d'emblée qu'à ce jour, l'Italie n'a pas ratifié le Protocole no 12, de sorte que ce grief est incompatible *ratione personae* et doit être rejeté conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention. Cette partie de la requête doit dès lors être examinée sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. L'article 14 de la Convention dispose:

“La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.”

90. Dans la mesure où cette partie de la requête se rapporte au refus de transcrire le certificat de naissance dans les registres de l'état civil, la Cour estime que – tout comme le grief tiré de l'article 8 de la Convention invoqué isolément (voir paragraphe 62 ci-dessus) elle doit être rejetée pour non épuisement des voies de recours internes, conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

91. Pour autant que cette partie de la requête concerne les mesures adoptées à l'égard de l'enfant, la Cour rappelle que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (*Mazurek c. France*, no 34406/97, § 46, CEDH 2000 II). Une distinction est discriminatoire si elle “manque de justification objective et raisonnable”, c'est-

à-dire si elle ne poursuit pas un “but légitime” ou s'il n'y a pas de “rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé” (*Mazurek* précité, § 48). Après examen du dossier, la Cour n'a relevé aucune apparence de violation des dispositions invoquées. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

#### **IV. Sur l'application de l'article 41 de la Convention**

92. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

“Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.”

##### **A. Dommage**

93. Les requérants sollicitent le versement de 100 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral.

94. Le Gouvernement s'oppose au versement de toute somme et insiste pour le rejet de la requête. En tout état de cause, le dommage n'a pas été démontré et l'enfant a le droit de vivre dans un environnement familial “légitime et tranquille”.

95. Statuant en équité, la Cour accorde 20 000 EUR conjointement aux requérants.

##### **B. Frais et dépens**

96. Les requérants demandent 29 095 EUR pour le remboursement des frais exposés

devant les juridictions nationales et dans la procédure à Strasbourg.

97. Le Gouvernement s'oppose au versement de toute somme.

98. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce et compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour estime raisonnable la somme de 10 000 EUR tous frais confondus et l'accorde conjointement aux requérants.

### **C. Intérêts moratoires**

99. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

#### **Par ces motifs, la Cour**

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief soulevé par les requérants en leur nom et tiré de l'article 8 de la Convention au sujet des mesures adoptées à l'égard de l'enfant et irrecevable pour le surplus;

2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;

3. *Dit*, par cinq voix contre deux,

a) que l'État défendeur doit verser conjointement aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes:

i) 20 000 EUR (vingt mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral;

ii) 10 000 EUR (dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants, pour frais et dépens;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;

4. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

#### **Opinion en partie dissidente commune des Judges Raimondi and Spano**

1. Avec tout le respect que nous devons à nos collègues de la majorité, nous ne pouvons partager leur avis d'après lequel l'article 8 de la Convention aurait été violé en l'espèce.

2. Nous pouvons accepter, mais avec une certaine hésitation et sous réserve des remarques qui suivent, les conclusions de la majorité selon lesquelles l'article 8 de la Convention est applicable en l'espèce (paragraphe 69 de l'arrêt) et il y a eu ingérence dans les droits des requérants.

3. En effet, la vie familiale (ou vie privée) de facto des requérants avec l'enfant se fondait sur un lien ténu, en particulier si l'on tient compte de la période très brève au cours de laquelle ils en auraient eu la garde. Nous estimons que la Cour, dans des situations telles que celle à laquelle elle était confrontée dans cette affaire, doit prendre en compte les circonstances dans lesquelles l'enfant a été placé sous la garde des

personnes concernées dans son examen de la question de savoir si une vie familiale de facto a été développée ou pas. Nous soulignons que l'article 8 § 1 ne peut pas, à notre avis, être interprété comme consacrant une "vie familiale" entre un enfant et des personnes dépourvues de tout lien biologique avec celui-ci dès lors que les faits, raisonnablement mis au clair, suggèrent que l'origine de la garde est fondée sur un acte illégal en contravention de l'ordre public. En tout cas, nous estimons que les considérations liées à une éventuelle illégalité à l'origine de l'établissement d'une vie familiale de facto doivent entrer en ligne de compte dans l'analyse de la proportionnalité qui s'impose dans le contexte de l'article 8.

4. Cela dit, il faut constater que les requérants se sont vu refuser, tant de la part du tribunal pour mineurs de Campobasso que de la part du registre de l'état civil et de la cour d'appel de Campobasso, la reconnaissance du certificat de naissance délivré par les autorités russes compétentes et ont été frappés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant. Cette situation s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention (*Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, no 76240/01, 28 juin 2007, § 123).

5. À notre avis, cette ingérence était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique.

6. Quant à la question de savoir si cette ingérence était "prévue par la loi" et poursuivait un "but légitime" nous souscrivons à l'analyse de la majorité (paragraphe 72-73 de l'arrêt).

7. En outre, à notre avis, l'application faite en l'espèce des dispositions législatives a

ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés concurrents en jeu, fondés sur le droit au respect de la vie privée et familiale.

8. En l'espèce, il y a d'abord l'absence avérée de liens génétiques entre l'enfant et les requérants. Ensuite, la loi russe ne précise pas s'il faut un lien biologique entre les futurs parents et l'enfant à naître. En outre, les requérants n'ont pas soutenu devant les juridictions nationales qu'en droit russe l'existence d'un lien génétique avec au moins un des futurs parents n'était pas nécessaire pour parler de gestation pour autrui. Compte tenu de ces éléments, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de comparer les législations des différents États membres afin de voir si, en matière de gestation pour autrui, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, nous sommes confrontés à un dossier dans lequel une société russe – pour laquelle travaille l'avocat qui représente les requérants à Strasbourg – a encaissé une somme d'argent des requérants; elle a acheté des gamètes de donneurs inconnus; elle a trouvé une mère porteuse et lui a fait implanter les embryons; elle a remis l'enfant aux requérants; elle les a aidés à obtenir le certificat de naissance. Pour mieux expliquer ce processus, l'avocat en question a indiqué qu'il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi "ses" embryons.

9. L'application du droit national a eu pour conséquence la non-reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient aucun lien génétique avec l'enfant. Nous ne négligeons pas les aspects émotionnels de ce dossier où les requérants ont dû constater leur incapacité à procréer; demander l'agrément pour adopter; une fois l'agrément obtenu en décembre

2006, attendre pendant des années de pouvoir adopter en faisant face à la pénurie d'enfants adoptables; nourrir un espoir lorsqu'en 2010, lorsqu'ils se sont résolus à souscrire un contrat avec *Rosjurconsulting* et lorsqu'ils ont appris la naissance de l'enfant; et enfin, sombrer dans le désespoir lorsqu'ils ont appris que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant.

10. Les juridictions nationales ont examiné l'argument du requérant selon lequel il y avait eu une erreur à la clinique russe car son liquide séminal n'avait pas été utilisé. Toutefois, la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut. À notre avis, en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas été déraisonnables (voir, *a contrario*, *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 135).

11. Le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant ne bénéficiait pas d'un environnement familial adéquat au sens de la loi sur l'adoption internationale. Les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants s'étaient retrouvés: ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à *Rosjurconsulting* une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à

résoudre des problèmes du couple. Dès lors, le tribunal a jugé que l'on pouvait douter des capacités affectives et éducatives des requérants, et qu'il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui.

12. Nous remarquons d'emblée que les requérants, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément, ont été considérés comme incapables d'éduquer et d'aimer l'enfant uniquement sur la base de présomptions et déductions, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux. Cependant, nous reconnaissons que la situation qui se présentait aux juges nationaux était délicate et revêtait un caractère d'urgence. En effet, nous n'avons pas de raisons de considérer comme arbitraire la position des juges nationaux, qui ont estimé que les soupçons qui pesaient sur les requérants étaient graves et qu'il était essentiel d'éloigner l'enfant et de le mettre en sécurité sans permettre aux requérants de le contacter. Au moment où le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des requérants, il a pris en compte le préjudice certain qu'il subirait mais, vu la courte période qu'il avait passée avec eux et son bas âge, il a estimé que l'enfant surmonterait ce moment difficile de sa vie. Compte tenu de ces éléments, nous n'avons pas de raisons de douter du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes ont agi dans le respect de la loi, en vue de la défense de l'ordre et dans le but de protéger les droits et la santé de l'enfant, et ont préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

13. À notre avis, il n’y a aucune raison de remettre en jeu l’évaluation faite par les juges italiens. La majorité substitue sa propre évaluation à celle des autorités nationales, mettant ainsi à mal le principe de subsidiarité et la doctrine de la “quatrième instance”.

14. Dans ce genre d’affaires, dans lesquelles les juridictions nationales sont confrontées à des questions difficiles de mise en balance des intérêts de l’enfant d’une part et des exigences d’ordre public de l’autre, la Cour devrait à notre avis faire preuve de retenue, et se limiter à vérifier si l’évaluation des juges nationaux est entachée d’arbitraire. Les arguments développés par la majorité (paragraphe 82-84 de l’arrêt) ne sont pas convaincants. En particulier nous estimons que la question de l’établissement de l’identité de l’enfant n’a pas d’impact sur la décision de 2011 de le séparer des requérants et pourrait former l’objet, à la limite, d’un grief de l’enfant lui-même.

15. En outre, la position de la majorité revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l’État de ne pas reconnaître d’effet à la gestation pour autrui. S’il suffit de créer illégalement un lien avec l’enfant à l’étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l’existence d’une “vie familiale”, il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d’effets juridique à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (*Menesson c. France*, no 65192/11), 26 juin 2014, § 79, et *Labassee c. France*, (no 65941/11), 2 juin 2014, § 58), est réduite à néant.

## » Noot

1. Familiezaken kennen vaak een complex feitenrelaas. Deze complexiteit wordt doorgaans nog versterkt als het gaat om het stichten van een gezin op niet-biologische

wijze, omdat de biologische en de juridische realiteit vaak door en nog vaker uit elkaar lopen. Paradiso en Campanelli is zo’n zaak waar feit en fictie door elkaar lopen en kent nog een extra complicerend element: de vraag naar het toepasselijk recht. Mevrouw Paradiso en meneer Campanelli zijn ingezetenen van Italië en willen een kind. Dat lukt echter niet; ook *in vitro* fertilisatie zou volgens het stel niet zijn aangeslagen. Ze wijken uit naar Rusland. Daar is het mogelijk om, via een commercieel bedrijf, een door de vader bevruchte eicel van de moeder te laten groeien in de buik van een surrogaatmoeder. Zo geschiede, althans dachten zij; de draagmoeder staat het kind na enkele weken na voldraging aan meneer en mevrouw af en het stel krijgt een Russische geboorteakte waarin zij als ouders staan vermeld.

2. Volgens de Italiaanse wet is adoptie (vanuit Rusland) onder omstandigheden wel toegestaan, maar dergelijke vormen van draagmoederschap niet. De Italiaanse autoriteiten erkennen dan ook niet de geboorteakte. Deze zaak komt dus neer op de toepasselijkheid van verschillende rechtsstelsels. Volgens Russisch recht zijn Paradiso en Campanelli de juridische ouders van het kind. Volgens Italiaans recht is een dergelijke vorm van draagmoederschap niet toegestaan. Beide landen zijn gebonden aan het Haagse Verdrag tot afschaffing van het vereiste van legalisatie van buitenlandse openbare akten uit 1961, die, zoals de titel al doet vermoeden, staten ertoe verplicht elkaars officiële documenten te respecteren. De Italiaanse overheid stelt dat het Russische recht verkeerd is toegepast aangezien aan één van de wettelijke eisen voor het afgeven van een geboorteakte niet is voldaan, namelijk dat beide of één van beide personen de biologische ouders zijn. Daarnaast stelt de Italiaanse staat dat over de acceptatie van dergelijke vormen van draagmoederschap geen Europese standaard bestaat en er dus

geen dwingende norm uitgaat van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

3. De Italiaanse autoriteiten stellen een DNA-onderzoek in en het blijkt dat Paradiso en Campanelli niet de biologische ouders zijn. Zij stellen dat er schijnbaar iets mis is gegaan bij het bedrijf, maar daar twijfelen de Italiaanse rechters echter aan. Er zouden aanwijzingen zijn voor fraude en misleiding. Zo zou mevrouw Paradiso net hebben gedaan of ze echt zwanger was en zou ze expliciet hebben gelogen bij het aangeven van het kind bij de Italiaanse autoriteiten. Ook wordt betwijfeld of het koppel überhaupt wel naar Rusland is geweest en of er wel materiaal is afstaan door het koppel. Wellicht wisten zij wel dat het kind biologisch gezien niet het hunne was en hebben zij simpelweg een kind gekocht voor 50.000 euro. Een Italiaanse rechter verklaart dat het koppel slechts handelde uit een narcistische behoefte en mogelijk zelfs het kind heeft genomen om relatieproblemen op te lossen. Het koppel wordt niet alleen uit zijn ouderlijke macht ontheven, ook wordt het strafrechtelijk vervolgd. Het kind wordt opgevangen in een tehuis en vervolgens bij een gezin geplaatst.

4. De klagers hebben een aantal klachten ingediend. Namens het kind hebben zij gesteld dat door het handelen van de Italiaanse autoriteiten zijn recht op familielevens is geschonden. Deze klacht wordt niet-ontvankelijk verklaard door het EHRM, daar er geen biologische relatie is en het kind in nationale procedures door een wettelijke vertegenwoordiger wordt vertegenwoordigd. Ook is er een klacht over het ontzeggen van de bevoegdheid van het koppel om het kind juridisch te vertegenwoordigen. Dit is hen in de nationale procedure ontzegd; dit is volgens het koppel een schending van hun recht op

gezinsleven. Opmerkelijk is dat het Hof de nationale autoriteiten volgt in het feit dat het koppel niet de belangen van het kind kan behartigen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar stelt dat het wel mag klagen over het feit dat het deze bevoegdheid op nationaal niveau is ontzegd. Nog opmerkelijker is dat het koppel de nationale rechtsgang ten aanzien van deze klacht niet heeft uitgeput, maar dat het EHRM de klacht desalniettemin ontvankelijk verklaart omdat de rechtsgang het koppel geen effectief rechtsmiddel zou bieden. Daarnaast stelt het EHRM dat de strafrechtelijke procedure nog loopt en dat de nationale rechtsmiddelen hieromtrent nog niet zijn uitgeput. Evenwel maakt deze strafrechtelijke procedure geen onderdeel uit van het verzoek van de klagers. Wel onderdeel van hun klacht maakt uit de vraag om een transcriptie te krijgen van de geboorteakte van het kind. Ten aanzien hiervan hebben de klagers echter niet de nationale rechtsmiddelen uitgeput. Het EHRM verwerpt de klacht derhalve. Ten aanzien van de kern van de zaak zijn de rechtsmiddelen echter wel uitgeput, deze klachten zijn derhalve ontvankelijk.

5. De vraag rijst vervolgens onder welk artikel de zaak bespreking verdient. Voor de hand ligt art. 12 EVRM, dat stelt dat iedereen het recht heeft om te trouwen en een gezin te stichten. In essentie gaat het hier immers om de wens van het echtpaar een gezin te stichten op een artificiële wijze en om de erkenning van dit recht door de Italiaanse staat. Het curieuze is echter dat het Hof in zijn jurisprudentie stelselmatig uitgaat van een zeer restrictieve uitleg van dit artikel. In principe ziet het volgens het EHRM slechts op het sluiten van een heteroseksueel en monogaam huwelijk tussen man en vrouw en op het recht van het gehuwde echtpaar om onbelemmerd door statelijke restricties kinderen te krijgen op

een natuurlijke/biologische wijze. (Zie verder B. van der Sloot, 'Tussen feit en fictie, of over het recht om te trouwen en een gezin te stichten: een jurisprudentieanalyse van artikel 12 EVRM', *NJCM-Bulletin*, 2013-3). Daarom besluit het Hof deze zaak niet te behandelen onder art. 12 EVRM, maar onder art. 8 EVRM, dat het juist een zeer wijde interpretatie toekent. Deze keuze heeft een belangrijk gevolg. Art. 8 EVRM is een zogenoemd gekwalificeerd recht, dat mag worden beperkt als de inbreuk is voorgeschreven bij wet en noodzakelijk is in een democratische samenleving in het kader van een legitiem doel. Art. 12 EVRM kent geen dergelijke uitzonderingsclausule en stelt dat de rechten gelden volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen. Slechts de uitoefening van dit recht mag dus worden gereguleerd door staten, het mag niet in essentie worden beperkt of uitgezonderd.

6. Ook een bespreking van de zaak onder art. 6 EVRM ligt voor de hand omdat een groot deel van de klachten het verwijt betreft dat de nationale instanties/rechters niet onafhankelijk en objectief te werk zouden zijn gegaan bij de beoordeling van de belangen van het kind, onder meer doordat niet-biologische ouders worden achtergesteld in vergelijking met biologische ouders. Het Hof heeft in de zaken *B.*, *R.* en *W.* uit 1987, alle drie tegen Groot-Brittannië, reeds bepaald dat art. 8 EVRM ook het recht omvat op een eerlijk proces (*B.* t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 8 juli 1987, nr. 9840/82; *R.* t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 8 juli 1987, nr. 10496/83; *W.* t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 8 juli 1987, nr. 9749/82). Dit is met name zo waar het betreft familiezaken. Als kinderen uit huis worden geplaatst, ouderschap wordt ontzegd of de ouderlijke macht aan één van beide ouders wordt toegekend na een scheiding, stelt het EHRM zich terughoudend op. Het is immers

geen vierde instantie die de feiten en omstandigheden van het geval opnieuw zal beoordelen. Bovendien geldt er een beoordelingsruimte voor staten – dit volgt onder meer uit het subsidiariteitsbeginsel en de margin of appreciation. In de drie voornoemde zaken is bepaald dat het EHRM in dit soort zaken wel kan beoordelen of de nationale rechters onafhankelijk en objectief hebben geoordeeld, of alle partijen zijn gehoord, of alle partijen toegang hebben gehad tot de relevante documenten, etc. Deze procedurele voorwaarde voor een eerlijke behandeling schaarde het Hof toen onder art. 8 EVRM, zodat het niet hoefde te verwijzen naar art. 6 EVRM (zie verder B. van der Sloot, 'Privacy as Personality Right: Why the ECtHR's Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of "Big Data"', *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015). Zodoende blijft ook een behandeling van de materie onder art. 6 EVRM in deze zaak uit. Ook de verwijzing naar art. 14 EVRM wordt verworpen, omdat dan duidelijk zou moeten zijn dat het onderscheid dat de Italiaanse staat maakt onredelijk en niet objectief zou zijn of geen legitiem doel zou dienen – daar is volgens het Hof echter geen sprake van. Tot slot verwerpt het Hof ook de verwijzing naar art. 1 uit het Twaalfde Protocol, bevattende een algemeen discriminatieverbod, eventueel in combinatie met artikel 14 EVRM, omdat de Italiaanse staat dit Protocol (nog) niet heeft geratificeerd.

7. De volgende vraag is of er een inbreuk is geweest op het recht op privacy van de klagers. Hierbij benadrukt het EHRM direct de ruime interpretatie die het toekent aan art. 8 EVRM. Het gaat bij 'familielevens' niet slechts om een biologische band, ook een *de facto* familierelatie kan bestaan als er een voldoende hechte emotionele, sociale en/of financiële band bestaat. Aangezien art. 8

EVRM, in tegenstelling tot art. 12 EVRM, niet het recht om een gezin te stichten omvat, maar slechts het reeds gestichte gezin beschermt, is het aan het Hof om te oordelen of hier reeds sprake van was. Het Hof oordeelt dat er inderdaad sprake is van een dergelijk gezinsleven, ondanks het feit dat Paradiso en Campanelli niet de biologische ouders zijn, ondanks het feit dat hun juridisch gezag is teruggedraaid en ondanks het feit dat ze slechts gedurende een zeer korte periode, namelijk een aantal maanden, feitelijk voor het kind hebben gezorgd. Opmerkelijk is dat het Hof daar nog ten overvloede aan toevoegt dat de zaak ook onder het recht op privéleven zou kunnen vallen, onder meer omdat dit concept ook het recht om een familieband te ontwikkelen met een kind zou omvatten. Dit is opmerkelijk omdat het er op lijkt alsof het Hof zelf niet overtuigd is van het feit dat er reeds een familielevens bestond en omdat hiermee het onderscheid tussen het recht om een gezin te stichten (art. 12 EVRM) en het recht voor respect van het reeds gestichte familielevens (art. 8 EVRM) verder verwatert. Art. 8 EVRM omvat nu ook het recht om een familierelatie aan te gaan en te ontwikkelen, ook als daar nog niet reeds sprake van is.

8. De vraag is vervolgens of de inbreuk is voorgeschreven bij wet. Hierbij is voornamelijk de vraag welke wet en welk rechtssysteem hier van toepassing is. De klagers wijzen op het Russische systeem en complementair op het feit dat de Haagse Conventie veronderstelt dat Italië de officiële documenten van de Russische staat erkent. De Italiaanse staat wijst er op dat de Russische geboorteakte ongeldig is omdat niet is voldaan aan de voorwaarden voor verstrekking. Bovendien stelt het dat er geen dwingende norm van het EVRM uitgaat om dergelijke vormen van draagmoederschap juridisch te accepteren, daar er hieromtrent Europees gezien geen consensus bestaat. Het

EHRM accepteert dat de inbreuk is voorgeschreven bij (Italiaanse) wet, maar baseert dat op een andere argumentatie. Het stelt ten eerste dat de Haagse Conventie ruimte laat voor een beoordelingsruimte door nationale staten van de officiële documenten van andere staten. Daarnaast stelt het dat niet duidelijk is welke nationaliteit het kind heeft. Als het Russisch was en Russische ouders had gehad lag de toepassing van het Russische recht meer voor de hand. Nu dit niet het geval is bevonden de Italiaanse autoriteiten zich in een conflict van plichten die volgen uit verschillende normen en juridische documenten. De keuze voor de toepassing van het Italiaanse recht en de Italiaanse normen is derhalve te billijken. Opmerkelijk is dat alhoewel het EHRM uitgaat van *de facto* ouderschap bij de beoordelingen van de klachten van de klagers, het uitgaat van biologisch ouderschap bij de toepassing van het rechtstelsel of de rechtsorde.

9. Is de beperking legitiem? Voor de hand ligt hier wellicht een beroep op de bescherming van de gezondheid of de goede zeden van het land, gezien de kernfocus op de belangen van het kind gekoppeld aan de *parens patriae* rol van de staat en gezien het feit dat het hier in feite gaat om het waarborgen van de moreel/ethische keuze om dergelijke vormen van draagmoederschap niet toe te staan. De staat beroept zich echter op de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, namelijk die van het kind; dit is over het algemeen een sterke rechtvaardigingsgrond voor het beperken van grondrechten, omdat de uitoefening van het recht van de een niet mag betekenen dat de rechten van de ander worden beperkt. Dit geldt des te meer bij de rechten van kinderen. Het EHRM accepteert dit echter maar gedeeltelijk. Het stelt dat de beperkingen voornamelijk geënt worden op de bescherming van de publieke orde.

10. Dit is belangrijk voor de behandeling van de zaak door het Hof omdat het hier niet gaat om een afweging van de verschillende rechten en belangen van de verschillende particuliere partijen, waarbij de belangen en rechten van het kind vrijwel altijd zullen prevaleren, maar om de afweging tussen het beschermen van de publieke orde aan de ene kant en de rechten en belangen van de ouders om zeggenschap over hun kind te hebben, om het te zien op te groeien, om er een familieband mee op te bouwen, etc. aan de andere kant. Het Hof stelt dan ook vrijwel direct dat een referentie naar de publieke orde geen vrijbrief geeft om vergaande maatregelen te treffen. In essentie oordeelt het EHRM dat de Italiaanse autoriteiten hebben gehandeld met het doel de (rechts)orde te handhaven, door de ouders te straffen omdat zij zich niet aan de Italiaanse wet hebben gehouden, maar dat zij er voor hadden moeten kiezen de belangen van het kind centraal te stellen. Op de stelling van de Italiaanse staat dat de instanties en rechters dit ook hebben gedaan oordeelt het Hof kritisch. Het stelt, in tegenstelling tot de Italiaanse autoriteiten, dat het koppel te goeder trouw meende dat het kind het hunne was en dat er geen concrete aanleiding was om te veronderstellen dat zij niet goed voor het kind zouden zorgen. In tegenstelling tot de Italiaanse autoriteiten die meenden dat gezien de zeer jonge leeftijd van het kind, er slechts beperkte schade zou optreden, oordeelt het EHRM dat de uithuisplaatsing wel degelijk substantiële schade voor het kind met zich kan brengen. Het Hof twijfelt derhalve aan de correctheid van het oordeel van de Italiaanse autoriteiten. Het is op dit punt dat de *dissenting opinion* van rechters Raimondi en Spano zich toespitst. Het EHRM zou, naar het oordeel van deze rechters, zijn ingegaan tegen het uitgangspunt van subsidiariteit en het *fourth instance*-principe. Doorgaans richt het zich in dit soort procedures op de

ethische/normatieve vraagstukken (bijvoorbeeld, is er een Europese consensus omtrent deze vormen van draagmoederschap?) of op de vraag of de procedure en rechtsgang eerlijk en objectief zijn verlopen. Hier gaat het echter in feite op de stoel van de Italiaanse rechter zitten en weegt het eigenstandig de hem bekende feiten en omstandigheden af.

11. Hoe dan ook, het Hof oordeelt dat de Italiaanse autoriteiten art. 8 EVRM hebben geschonden toen ze Paradiso en Campanelli uit hun ouderlijke macht onthieven en het kind uit huis plaatsten. Echter, aangezien het kind reeds uit huis is geplaatst, het contact met het koppel is verwaterd en het kind al reeds sinds enige tijd is opgenomen in een nieuw gezin is het niet direct in het belang van het kind om weer bij Paradiso en Campanelli te wonen. De klagers vroegen om de terugkeer van hun kind en een schadevergoeding voor niet-middellijke schade van 100.000 euro en krijgen uiteindelijk niet hun kind terug en slecht 20.000 euro van het Hof toegekend. Het is jammer dat de klagers niet hebben geprobeerd de 50.000 euro, die zij volgens de Italiaanse autoriteiten zouden hebben betaald als vergoeding aan het bedrijf dat de draagmoeder regelde, te verhalen op de Italiaanse staat. Het zou interessant zijn om te zien wat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens daaromtrent zou hebben geoordeeld.

mr. B. van der Sloot, Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam