

## REFLECȚII ASUPRA AVIZULUI CONSULTATIV AL CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI DIN DATA DE 10 APRILIE 2019



*Lector univ. dr. Mihaela-Adriana Oprescu\**  
*Judecător dr. Mugurel-Marius Oprescu\*\**

### Abstract

*On 10 April 2019, the first Advisory Opinion under the Protocol no. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was adopted by the European Court of Human Rights. This Protocol introduced an institutionalized dialogue procedure between the highest internal jurisdictions and the Strasbourg Court, which is competent to give, upon request, advisory opinions on the interpretation of the Convention.*

*The first Advisory Opinion does not solve all issues related to gestational surrogacy, but it states that the child's right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the „legal mother”.*

**Keywords:** *Protocol no. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, advisory opinion, surrogate mother, the legal mother-child relationship, intended mother.*

### I. Considerații generale

Protocolul nr. 16<sup>1</sup> la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a

---

\* Lector univ. dr. Mihaela-Adriana Oprescu, Universitatea Babeș-Bolyai, Facultatea de Studii Europene; adresă e-mail: [mihaela.oprescu@ubbcluj.ro](mailto:mihaela.oprescu@ubbcluj.ro).

\*\* Judecător dr. Mugurel-Marius Oprescu, președintele Judecătorei Cluj-Napoca; adresă e-mail: [mugureloprescu@yahoo.com](mailto:mugureloprescu@yahoo.com).

<sup>1</sup> Protocolul nr. 16 la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, deschis spre semnare la 23.10.2013 la Strasbourg și intrat în vigoare la 01.08.2018 (CETS nr.214). Protocolul este disponibil la <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084832>, data ultimei accesări: 03.01.2020.

libertăților fundamentale<sup>2</sup>, numit și „protocolul dialogului”<sup>3</sup> a introdus în sistemul jurisdicțional al statelor care și-au exprimat consimțământul de a fi parte la acest instrument internațional, o procedură facultativă prin care instanțele supreme pot solicita un aviz consultativ Curții Europene a Drepturilor Omului atunci când apreciază că o anumită cauză aflată pe rolul lor ridică o problemă gravă privind „interpretarea sau aplicarea drepturilor și libertăților definite în Convenție sau în protocoalele la aceasta” (art. 1 teza finală din Protocol). *Brevitatis causa*, pentru ușurința exprimării și evitarea repetițiilor, pe parcursul lucrării, se va folosi termenul „Protocol”.

În momentul de față, Protocolul este ratificat de 13 state de pe continentul european, după cum urmează: Albania, Andorra, Armenia, Estonia, Finlanda, Franța, Georgia, Grecia, Lituania, Olanda, San Marino, Slovenia, Ucraina. Intrarea în vigoare a Protocolului a fost condiționată de depunerea a cel puțin 10 instrumente de ratificare, Franța fiind cel de-al 10 stat care l-a ratificat în anul 2018.

România a semnat Protocolul la 14.10.2014, fără însă a-l ratifica, formulând totodată la momentul semnării o declarație prin care a desemnat cele mai înalte jurisdicții române competente să solicite avizul consultativ, respectiv Curtea Constituțională, Înalta Curte de Casație și Justiție, precum și cele 15 curți de apel.

În mod inovator, Protocolul marchează extinderea competenței consultative a CEDO, creând premisele unei interacțiuni directe între judecătorul de la Strasbourg și cel național și consolidând punerea în aplicare a Convenției, cu respectarea principiului subsidiarității.

Astfel, Protocolul conferă statelor părți ratificante, în funcție de specificitatea sistemului juridic național și de modul de distribuire a competențelor jurisdicționale, libertatea de a nominaliza, la momentul semnării sau ratificării Protocolului, instanțele interne care vor putea solicita un asemenea aviz consultativ, cu mențiunea că trebuie să fie „cele mai înalte”<sup>4</sup>.

Instanțele naționale astfel desemnate vor putea utiliza procedura avizului numai în cadrul unei cauze *pendinte* (art. 1 alin. 2 din Protocol), evident, doar în

---

<sup>2</sup> Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, adoptată la Roma la 04.11.1950 și intrată în vigoare la 03.09.1953 (ETS nr.005). Convenția este disponibilă la <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680063765>, data ultimei accesări: 03.01.2020. Pe parcursul lucrării, urmează a se folosi termenul „Convenție” atunci când se va face trimitere la acest instrument al dreptului internațional.

<sup>3</sup> Această calificare îi aparține fostului președinte al Curții Europene a Drepturilor Omului, judecătorul Dean Spielmann, care a folosit-o în discursul pe care l-a ținut la a 100-a sesiune aniversară a Comisiei Europene pentru Democrație prin Drept (Comisia de la Veneția), 10 octombrie 2014.

<sup>4</sup> Majoritatea statelor ratificante au optat pentru Curtea Constituțională și Curtea Supremă (Albania, Armenia, Georgia, San Marino, Slovenia). Estonia și Ucraina au nominalizat Curtea Supremă, Finlanda a indicat Curtea Supremă, Curtea Supremă Administrativă și Curtea de Muncă, iar Franța a adăugat Consiliului Constituțional, Curtea de Casație și Consiliul de Stat. Pe larg despre situația ratificărilor și a declarațiilor efectuate cu acest prilej a se vedea, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214>, data ultimei accesări: 03.01.2020.

situația în care articolul din Convenție a cărui interpretare se cere, este aplicabil în litigiul dedus judecății. Art. 1 alin. 3 din Protocol prevede că: „*Instanța care formulează cererea trebuie să motiveze cererea de aviz și să prezinte contextul juridic și factual al cauzei pendinte*” .

Raportul explicativ al Protocolului<sup>5</sup> detaliază, de altfel, în paragraful nr. 14 elementele pe care trebuie să le conțină cererea instanței naționale care uzitează de procedura avizului consultativ, respectiv: a) cadrul factual și juridic al cauzei; b) problemele legate de Convenție, în special drepturile ori libertățile implicate; c) în măsura în care este relevant, un rezumat al argumentelor părților la procedura internă; d) punctul de vedere al instanței asupra chestiunii în litigiu. Lipsa de rigoare a judecătorului național materializată prin definirea necorespunzătoare a cadrului factual și juridic în care se încadrează întrebarea adresată ori prin solicitarea interpretării unor dispoziții ale Convenției care nu au nicio legătură cu obiectul cauzei ori sunt de natură ipotetică poate conduce la respingerea ca inadmisibilă a cererii de pronunțare a avizului consultativ.

Examinarea cererii de aviz consultativ se realizează în două etape: mai întâi de către un complet de 5 judecători al Marii Camere, care se pronunță asupra admiterii sau respingerii solicitării; apoi, admiterea cererii este urmată de emiterea avizului de către Marea Cameră a CEDO.

Dispozițiile art. 2 alin. 1 din Protocol statuează că respingerea cererii de către complet trebuie să fie motivată, ceea ce este nu numai firesc, dar și necesar, căci, pe de o parte, ar fi inadmisibil ca instanța europeană să acționeze într-o manieră arbitrară în selectarea cererilor de aviz, iar pe de altă parte, motivările de respingere pot furniza instanțelor naționale îndrumări astfel încât solicitările ulterioare să răspundă exigențelor de fond și formă pentru admiterea unei cereri de aviz.

Comisarul pentru drepturile omului al Consiliului Europei și Înalta parte contractantă căreia îi aparține instanța care a formulat cererea au dreptul de a prezenta observații scrise și de a lua parte la audieri. În interesul bunei administrări a justiției, președintele Curții poate invita orice Înalță parte contractantă sau orice persoană interesată să prezinte, de asemenea, observații scrise ori să ia parte la audiere (art. 3 din Protocol).

Avizele consultative trebuie motivate, publicate și transmise instanței care a formulat cererea și Înaltei părți contractante căreia îi aparține instanța respectivă (art. 4 din Protocol).

---

<sup>5</sup> A se vedea, Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 2.10.2013, disponibil la <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383e>, data ultimei accesări: 03.01.2020.

## II. Avizul consultativ referitor la recunoașterea în dreptul intern a unei legături de filiație între, pe de o parte, un copil născut în străinătate de o mamă surogat și, pe de altă parte, mama beneficiară-emis de CEDO, în Marea Cameră, la data de 10 aprilie 2019

### 1. Aspecte preliminare

Progresele înregistrate în ultimele decenii în domeniul cercetării medicale și genetice au permis dezvoltarea de noi tehnologii de procreație artificială, ceea ce a condus, în mod firesc, la apariția unui nou tip de filiație, cea rezultată din reproducerea umană medical asistată<sup>6</sup>.

Tehnica de reproducere asistată prin recurgerea la încheierea unor convenții de gestație pentru altul (cu mamă surogat) este prohibită ori nereglementată în mod expres de o parte semnificativă a statelor membre ale Consiliului Europei. În Franța, bunăoară, acest procedeu este, pe de o parte, interzis, prohibiția fiind justificată de considerente ce țin de ordinea publică (art. 16-7 și art. 16-9 Cod civil), iar pe de altă parte, sancționată din punct de vedere penal (art. 227-13 Cod penal). Acesta este motivul pentru care, cuplurile aflate în imposibilitate de a procrea se îndreaptă spre țările unde astfel de tehnici sunt permise, iar ulterior solicită transcrierea actului de naștere al copilului născut de mame surogat, în țara de origine a părinților „de intenție”, în acest fel recurgându-se în fapt la eludarea prohibiției gestației pentru altul.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a fost sesizată la data de 12 octombrie 2018, în baza dispozițiilor Protocolului nr. 16, cu prima cerere de aviz consultativ referitoare la recunoașterea în dreptul intern a unei legături de filiație între, pe de o parte, un copil născut în străinătate de o mamă surogat și, pe de altă parte, mama beneficiară<sup>7</sup>. Cererea de aviz a fost formulată de Curtea de Casație franceză, iar la data de 3 decembrie 2018, aceasta a fost admisă de completul de 5 judecători ai Marii Camere, pentru ca la data de 10 aprilie 2019 să fie emis primul aviz consultativ.

Astfel, CEDO a fost chemată să răspundă la două întrebări, după cum urmează:

a) Un stat parte depășește marja de apreciere de care dispune în conformitate cu articolul 8 din Convenția pentru protecția drepturilor omului și a libertăților fundamentale, în situația în care refuză să transcrie în registrele de stare civilă actul

---

<sup>6</sup> Pe larg despre reproducerea umană asistată medical cu terț donator, în reglementarea Codului civil român, a se vedea Mugurel-Marius Oprescu, Mihaela-Adriana Oprescu, *Noul Cod civil comentat și adnotat. Despre familie. Art. 258-534*, Ed. Rosetti-Ed. Efes, București, 2015, p. 359-365.

<sup>7</sup> A se vedea CEDO, Marea Cameră, Avizul consultativ privind recunoașterea în dreptul intern a unei legături de filiație între un copil născut din gestația pentru altul, în străinătate, și mama de intenție din data de 10 aprilie 2019, disponibil la <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380431-8364345%22%5D%7D>, consultat la 03.01.2020.

de naștere al unui copil născut în străinătate, în urma unei proceduri gestaționale de substituție, pe motiv că actul de naștere străin desemnează „mama de intenție” drept „mama legală” a copilului, în timp ce transcrierea actului de naștere a fost admisă în privința „tatălui de intenție” care este și tatăl biologic al copilului? În acest sens, este necesar să distingem după cum copilul este conceput sau nu cu gameții „mamei de intenție”?

b) În cazul unui răspuns afirmativ la una dintre cele două întrebări de mai sus, posibilitatea ca „mama de intenție” să adopte copilul soțului ei, tatăl biologic, acest lucru fiind un mijloc de stabilire a legăturii legale între mamă și copil, va asigura conformitatea cu cerințele art. 8 al Convenției?

Se impune precizat că istoricul litigios este unul relativ consistent și este prezentat în mod detaliat în prima hotărâre pronunțată de CEDO în această cauză, respectiv hotărârea din 26 iunie 2014<sup>8</sup>. Astfel, la originea cauzei se găsește situația soților Dominique și Sylvie Mennesson care, după mai multe tentative eșuate de fertilizare *in vitro* cu propriul material genetic, din cauza infertilității soției, au decis să recurgă la fecundarea *in vitro*, utilizând gameții soțului și un ovul obținut de la o donatoare anonimă, în vederea implantării embrionilor fecundați în uterul altei femei. Întrucât în Franța, maternitatea de substituție era interzisă, cuplul s-a deplasat în California, unde un astfel de procedeu era prevăzut de lege, și a încheiat o convenție de gestație cu o mamă surrogat. După realizarea procedurilor medicale, la 1 martie 2000 a fost constatată sarcina gemelară, iar ulterior, la data de 14 iulie 2000, o instanță din California, sesizată de reclamantii, mama purtătoare și soțul acesteia, a stabilit că cei doi copii care se vor naște în următoarele 4 luni vor avea ca „tată genetic” pe reclamantul Dominique Mennesson și ca „mamă legală” pe reclamanta Sylvie Mennesson. De asemenea, prin hotărâre s-a dispus efectuarea mențiunilor în actul de naștere, stipulându-se *expressis verbis* că reclamantii trebuie înregistrați ca tată, respectiv mamă.

La data de 25 octombrie 2000 s-au născut gemenele Valentina Mennesson și Fiorella Mennesson, a căror filiație a fost stabilită conform dreptului californian, iar actele de naștere ale minorelor s-au întocmit conform hotărârii instanței californiene. La începutul lunii noiembrie 2000, tatăl a solicitat Consulatului francez din Los Angeles transcrierea actelor de naștere în registrele de stare civilă franceze și înscrierea copiilor pe pașaportul său pentru a putea intra pe teritoriul Franței împreună cu ei, însă Serviciul consular a refuzat înscrierea și, suspectând existența unei convenții de gestație pentru altul, a sesizat Parchetul din Nantes.

Cu toate acestea, autoritățile americane au eliberat pașapoarte americane celor două gemene, în care reclamantii erau menționați ca fiind părinții lor, astfel că toți cei patru au putut intra pe teritoriul Franței în noiembrie 2000. Între timp, la 25 noiembrie 2002, Parchetul a dispus retranscrierea actelor de naștere în registrele

<sup>8</sup> A se vedea, CEDO, Cauza Mennesson vs. Franța, Hotărârea din 26 iunie 2014, disponibilă la [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#!%22itemid%22:\[%22001-145179%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#!%22itemid%22:[%22001-145179%22]), consultat la 03.01.2020.

serviciului central de stare civilă din Nantes de către consulatul Franței din Los Angeles.

La 16 mai 2003, Parchetul a chemat în judecată pe reclamanți, în calitate de părinți ai minorelor, solicitând anularea transcrierii actelor de naștere și transcrierea hotărârii de anulare pe marginea actelor anulate. În motivarea cererii s-a subliniat că este lovită de nulitate convenția prin care o femeie se angajează să conceapă și să poarte un copil pe care-l va abandona la naștere și că această convenție contravine principiilor de ordine publică referitoare la indisponibilitatea corpului uman și a stării civile.

Prin hotărârea din 13 decembrie 2005, Tribunalul de primă instanță din Creteil a respins cererea Parchetului ca inadmisibilă pentru lipsa de interes a Ministerului Public în promovarea acțiunii, această soluție fiind menținută de Curtea de Apel din Paris.

La data de 17 decembrie 2008, Curtea de Casație a casat și anulat această hotărâre, apreciind că Ministerul Public justifică interes să formuleze acțiune în constatarea nulității transcrierilor, atât timp cât din constatările Curții de Apel reieșea că mențiunile înscrise în actele de stare civilă nu puteau să rezulte decât dintr-o convenție de gestație pentru altul. Prin urmare, cauza a fost trimisă spre rejudecare la Curtea de Apel din Paris.

În rejudecare, Curtea de Apel din Paris, prin hotărârea din 18 martie 2010, a modificat hotărârea primei instanțe și a admis cererea Ministerului Public, dispunând în consecință anularea transcrierii actelor de naștere și transcrierea hotărârii de anulare pe marginea actelor anulate. Această hotărâre, atacată de reclamanți la Curtea de Casație, a fost menținută de instanța de control judiciar care a reținut că *„refuzul de a transcrie un act de naștere întocmit în executarea unei decizii străine, însă în contradicție cu ordinea publică internațională franceză, este justificat atunci când acesta (actul de naștere) conține dispoziții care contravin principiilor esențiale ale dreptului francez; că în dreptul pozitiv, este contrar principiului indisponibilității stării civile a persoanei (...) a se da eficiență unui acord de gestație pentru altul, care, chiar dacă a fost legal încheiat în străinătate, este afectat de un motiv de nulitate de ordine publică în condițiile articolelor 16-7 și 16-9 din Codul civil (francez-s.n.)”*<sup>9</sup>.

În acest context, reclamanții Mennesson, după epuizarea tuturor căilor de atac interne, s-au adresat Curții Europene a Drepturilor Omului, care, la data de 26 iunie 2014, a constatat că în cauză a existat o încălcare a dispozițiilor art. 8 din Convenție referitoare la dreptul la viață privată, exclusiv al celor două minore, nu și al părinților acestora.

Astfel, CEDO a reținut, în esență, că minorele se află într-o situație incertitudine juridică datorată nerecunoașterii în ordinea juridică franceză a legăturii lor de filiație cu părinții. Mai mult, Franța, fără a contesta faptul că minorele au fost

---

<sup>9</sup> Paragraful 27 din Hotărârea din 26 iunie 2014 pronunțată în Cauza Mennesson vs. Franța, citată în nota de subsol anterioară.

identificate de un alt stat ca fiind copiii cuplului francez, beneficiar al convenției de maternitate de substituție, le ignoră această calitate în ordinea sa juridică, refuzând să dea vreun efect hotărârii instanței californiene. Or, această contradicție între realitatea socială și cea juridică subminează identitatea copiilor în cadrul societății franceze. A mai reținut Curtea că nerecunoașterea produce consecințe negative în privința cetățeniei minorelor și a drepturilor lor succesoriale. În plus, Curtea a susținut că privarea de recunoaștere legală a realității biologice, cu atât mai mult cu cât tatăl „legal” este și tată biologic, este contrară interesului superior al minorelor (paragraful 99 din Hotărârea Menesson). Având în vedere consecințele asupra identității minorelor și a dreptului lor la respectarea vieții private, Curtea a concluzionat că Franța a depășit marja largă de apreciere lăsată statelor în sfera deciziilor referitoare la maternitatea de substituție (paragraful 100).

Ulterior pronunțării hotărârii CEDO din 2014, reclamanții au formulat o cerere de revizuire a hotărârii pronunțate de Curtea de Casație prin care a fost menținută hotărârea Curții de Apel din Paris din 18 martie 2010, care a anulat transcrierea în registrele de stare civilă franceze a actelor de naștere americane emise pe seama celor două minore.

Se poate observa că, în ciuda interpretării vehemente din anul 2014 a Curții de la Strasbourg a dispozițiilor art. 8 din Convenția EDO în contextul maternității de substituție realizată cu material genetic străin cuplului, în reglementarea ulterioară a stării civile a minorelor Menesson, au fost întâmpinate alte dificultăți procedurale determinate de atitudinea rezervată a autorităților franceze. În acest context, Curtea de Casație franceză, investită cu cererea de revizuire, a formulat cererea de aviz consultativ ce face obiect al prezentului studiu.

În cererea de aviz consultativ, Curtea de Casație franceză a precizat că jurisprudența sa a evoluat ulterior pronunțării Hotărârii CEDO din 2014, astfel că transcrierea actului de naștere a unui copil născut de mama surrogat în străinătate este posibilă exclusiv în situația în care convenția privind maternitatea de substituție îl desemnează ca tată al copilului pe tatăl biologic (paragraful 14 din Aviz). Cu alte cuvinte, în accepțiunea autorităților franceze, transcrierea unui astfel de act de naștere în dreptul francez este condiționată de existența unei legături biologice între tată și copilul născut din tehnica de reproducere asistată. În privința mamei legale, cu care minorul nu are o legătură biologică, transcrierea actului de naștere nu este acceptată, decât dacă aceasta, în calitate de soție a tatălui biologic, adoptă copilul, dacă sunt îndeplinite condițiile legale și dacă adopția este în interesul minorului.

## *2. Avizul consultativ al Curții*

În vederea emiterii avizului, CEDO a procedat la un examen de drept comparat al legislației din 43 de state membre ale Consiliului European, constatând că în privința maternității de substituție, nu există un consens european, legislațiile fiind

extrem de variate. Astfel, sunt state care interzic această tehnică de reproducere, altele care însă o tolerează, după cum în anumite state există un vid legislativ în materie (paragrafele 22-23 din Aviz).

Evident că această varietate legislativă are reverberații și asupra modului în care se stabilește filiația copilului născut prin astfel de procedee. Din nou, sunt state care prohibesc stabilirea unei legături de filiație, altele care permit ca tatăl intenționat, tată biologic, să-și stabilească paternitatea cu privire la un copil născut din gestație pentru altul, după cum sunt state care acceptă ca mama „de intenție” să-și stabilească maternitatea în ceea ce privește un copil născut din gestație pentru altul, cu care nu are nicio legătură genetică.

Cât privește procedurile pentru stabilirea sau recunoașterea unei legături de filiație între copiii născuți din gestație pentru altul și părinții intenționați, acestea variază de la un stat la altul. În urma analizării legislației din statele aflate în atenția CEDO, s-a putut observa că aceste proceduri pot include, de exemplu, transcrierea certificatului de naștere străin, adopție sau modalități legale, altele decât adopția (paragraf 24 din aviz).

În formularea avizului solicitat, Curtea și-a construit argumentarea în jurul a doi pivoți: principiul interesului superior al copilului și marja de apreciere de care se bucură statul pârât.

Referitor la principiul interesului superior al copilului, s-a statuat că *„absența recunoașterii unei legături de filiație între copilul născut dintr-o gestație pentru altul și „mama de intenție” are consecințe negative cu privire la mai multe aspecte ce vizează dreptul la viață privată”* garantat de art. 8 din Convenție (paragraf 40 din Aviz). Curtea a reiterat aserțiunile din Hotărârea Mennesson din 2014 referitoare la situația de incertitudine juridică în care se regăsește copilul născut de o mama purtătoare, dat fiind faptul că acesta nu are acces la cetățenia mamei legale, împrejurare ce poate afecta inclusiv șederea copilului pe teritoriul statului de origine al acestei mame. Mai mult, a reținut Curtea că drepturile succesoriale ale copilului sunt afectate și, de asemenea, că protecția copilului nu este suficient prezervată în cazul în care ar interveni separarea părinților „de intenție” ori în situația în care s-ar manifesta un refuz din partea mamei de a-și asuma responsabilitatea creșterii copilului (paragraful 40 din aviz). În consecință, Curtea a statuat că *„imposibilitatea generală și absolută de a obține recunoașterea legăturii dintre un copil născut în străinătate dintr-o gestație pentru altul și mama de intenție nu este compatibilă cu principiul interesului superior al copilului”* (paragraful 41 din Aviz).

Cât privește marja de apreciere de care se bucură statul pârât, s-a arătat că deși nu există consens european pe acest subiect, aceasta se impune a fi privită în sens restrâns, raportat la faptul că recunoașterea unei legături parentale între copiii născuți dintr-o gestație pentru altul și părinții intenționați „depășește problema identității acestor copii” (paragraful 45 din Aviz).



În consecință, la prima întrebare ce i-a fost adresată, Curtea a răspuns că „în situația în care un copil s-a născut în străinătate prin gestație pentru altul și provine din gameții tatălui „de intenție” și ai unui al treilea donator, și unde legătura parentală dintre copil și tatăl intenționat a fost recunoscută în dreptul intern, dreptul la respectarea vieții private a copilului, în sensul art. 8 din Convenție, impune ca dreptul intern să ofere posibilitatea recunoașterii unei legături parentale între acest copil și mama sa „de intenție”, desemnată în certificatul de naștere legal încheiat în străinătate drept „mamă legală”.

Cât privește cea de-a doua întrebare, Curtea a statuat că „dreptul copilului la respectarea vieții private, în sensul art. 8 din Convenție, nu impune ca această recunoaștere să se facă prin transcrierea în registrele de stare civilă a actului de naștere legal încheiat în străinătate; aceasta poate fi realizată prin alte mijloace, cum ar fi adoptarea copilului de către mama de intenție, cu condiția ca procedurile prevăzute de legislația internă să garanteze eficacitatea și rapiditatea punerii în aplicare a măsurii, în conformitate cu interesul superior al copilului”.

### 3. Comentariu

Din lecturarea primului aviz consultativ al CEDO se pot decela cu ușurință particularitățile mecanismului instituit de Protocolul nr. 16.

În primul rând, avizul consultativ în cauză materializează dialogul instituționalizat între Curtea de la Strasbourg și Curtea de Casație franceză, care a solicitat „îndrumare” în cauza cu care a fost investită. Astfel, instanța națională a pus în discuție modul în care ar trebui interpretat art. 8 din Convenție, în cazul unui stat care ar refuza să transcrie în registrele de stare civilă actul de naștere ce desemnează mama „de intenție”, ca mama legală. Cu alte cuvinte, dispozițiile art. 8 din Convenție referitoare la dreptul la viață privată ar putea fi interpretate diferit, după cum există ori nu o legătură genetică între copil și mama „de intenție”? În al doilea rând, instanța națională se întreabă în ce măsură procedura adopției accesibilă mamei „de intenție” ar putea fi considerată o măsură suficientă care să prezeve dispozițiile art. 8 din Convenție, evitându-se astfel o condamnare ulterioară a statului francez de către Curtea de la Strasbourg?

Suntem așadar în prezența unor întrebări precise, de principiu, referitoare la interpretarea art. 8 din Convenție, cărora de asemenea li se răspunde concis, valorificându-se sintetic argumentări clasice construite de Curte în jurul celor doi pivoți: principiul interesului superior al copilului și marja de apreciere de care se bucură statul pârât. Mai mult, instanța europeană nu se lansează în analizarea, împărțășirea ori, dimpotrivă, demontarea argumentelor expuse de diverși participanți la procedură<sup>10</sup>, astfel că după ce reține că „*va ține cont în mod corespunzător*”

<sup>10</sup> Au fost depuse observații scrise de către reclamantii din procedura națională, guvernele francez, britanic, ceh și irlandez, precum și alte organizații non-guvernamentale (paragrafele 4-6 din Aviz).

de observațiile acestora, apreciază că „sarcina sa nu este să răspundă la toate motivele și argumentele care i-au fost prezentate sau să stabilească în detaliu baza răspunsului său”, rolul său fiind acela de a oferi îndrumări care să garanteze instanței de trimitere respectarea drepturilor Convenției, în timpul judecării litigiilor pendente (paragraful 34 din aviz).

Curtea subliniază că „nu are competența de a efectua o analiză a faptelor, de a evalua temeinicia opiniilor părților cu privire la interpretarea dreptului intern în lumina dreptului Convenției și nici de a se pronunța cu privire la fondul procedurii. Rolul său se limitează la formularea unei opinii în legătură cu întrebările care i-au fost adresate” (paragraf 25 din aviz). Se poate așadar remarca faptul că suntem în prezența unei proceduri între judecători care aparțin unor organe jurisdicționale distincte și non-ierarhizate, în cadrul căreia instanța națională are un rol hotărâtor relevant de următoarele aspect: stabilește necesitatea sesizării CEDO; furnizează cadrul factual și juridic, justificând în acest fel pertinenta solicitării avizului; valorifică avizul furnizat de CEDO pentru dezlegarea acțiunii principale de pe rolul instanței naționale.

Mai mult, Curtea de la Strasbourg anticipează efectele indirecte pe care le poate produce avizul în cauză, căci statele părți la Convenție trebuie să își respecte obligațiile asumate internațional și să garanteze fiecărei persoane aflate sub jurisdicția lor cel puțin standardul minim de protecție a drepturilor și libertăților, astfel cum este impus de Curte, prin intermediul jurisprudenței<sup>11</sup>.

Este real că dispozițiile art. 5 din Protocol statuează laconic faptul că avizele consultative „nu au efect obligatoriu” – nici măcar pentru instanța de trimitere (s.n.) –, ceea ce ar permite judecătorului național, cel puțin din punct de vedere teoretic, să ignore interpretarea dată de CEDO unei anumite prevederi a Convenției. Aceste dispoziții se impun însă privite mai atent, inclusiv din perspectiva paragrafului 37 din Raportul explicativ al Protocolului<sup>12</sup>, potrivit căruia „Interpretarea Convenției și a Protocoalelor ... conținută în astfel de avize va fi analoagă, în privința efectelor, cu elementele interpretative stabilite de Curte în hotărâri și decizii”.

Cu alte cuvinte, Curtea, competentă să determine semnificația drepturilor consacrate în Convenție și sfera obligațiilor statelor, oferă interpretări abstracte, generale și prioritare a căror autoritate este mult mai extinsă decât sfera de aplicare strict juridică a hotărârilor care le conțin<sup>13</sup>. Or, nesocotirea de autoritățile naționale

---

<sup>11</sup> A se vedea în același sens, Radu Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 27-28.

<sup>12</sup> A se vedea, Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 2.10.2013, disponibil la <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383e>, data ultimei accesări: 03.01.2020.

<sup>13</sup> Pe larg despre efectele avizelor consultative pronunțate de CEDO la cererea instanțelor naționale, a se vedea Janneke Gerards, *Advisory opinions, preliminary rulings and the new Protocol no. 16 to the European Convention of Human Rights. A Comparative and Critical Appraisal*, în *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, December 2014, disponibil la <https://www.researchgate.net/>

a unei interpretări dată de Curte, indiferent de felul hotărârii care o cuprinde (inclusiv un aviz consultativ, lipsit de forță obligatorie) poate expune statele contractante (și chiar dacă acestea nu au fost parte la procedură) riscului de a fi aduse ulterior în fața CEDO.

Apreciem că astfel se explică grija judecătorului european în configurarea câmpului de aplicare al avizului, subliniind că acesta urmează a fi pronunțat exclusiv în contextul unui litigiu intern ce se referă la recunoașterea în ordinea juridică franceză a unei legături de filiație între o mama „de intenție” și copii născuți printr-o procedură de gestație pentru altul, folosindu-se materialul genetic al tatălui „de intenție” și al unei terțe persoane, alta decât mama purtătoare. Insistând asupra acestei chestiuni, Curtea reiterează că litigiul intern nu privește cazul în care copilul născut dintr-o gestație pentru altul provine din materialul genetic al mamei „de intenție” ori al mamei surogat, astfel că „întrebările Curții de Casație franceză (și răspunsurile CEDO - s.n.) nu acoperă și aceste situații” (paragraful 29 din aviz).

Se mai poate observa că în interpretarea dispozițiilor art. 8 din Convenție, Curtea impune statelor părți contractante obligația de a asigura accesul la un mecanism procedural eficient pentru recunoașterea legăturii de filiație între mama „de intenție” și copilul născut de mama surogat, însă nu exclusiv prin transcrierea certificatului de naștere străin ce desemnează mama „de intenție” drept mamă legală. Din această perspectivă, Curtea a reținut că în funcție de circumstanțele fiecărui caz, și alte metode pot servi în mod adecvat acestui interes imperativ, în măsura în care acestea produc efecte de aceeași natură ca transcrierea actului de naștere străin (condiție întrunită în cazul procedurii de adopție).

Or, deși scopul unui aviz consultativ este acela de a decela modul în care se impun a fi interpretate dispozițiile Convenției, nu putem să nu remarcăm faptul că

---

[publication/306290775\\_Advisory\\_Opinions\\_Preliminary\\_Rulings\\_and\\_the\\_New\\_Protocol\\_No\\_16\\_to\\_the\\_European\\_Convention\\_of\\_Human\\_Rights\\_A\\_Comparative\\_and\\_Critical\\_Appraisal](https://www.academia.edu/19766318/The-Prospective-Role-of-Constitutional-Courts-in-the-Advisory-Opinion-Mechanism-Before-the-European-Court-of-Human-Rights-A-First-Comparative-Assessment-with-the-European-Union-and-the-Inter-American-System), data ultimei accesări: 03.01.2020; Maria Dicosola, Cristina Fasone, Irene Spigno, *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, în *German Law Journal* vol. 16, nr. 06, p. 1409, disponibil la <https://www.academia.edu/19766318/The-Prospective-Role-of-Constitutional-Courts-in-the-Advisory-Opinion-Mechanism-Before-the-European-Court-of-Human-Rights-A-First-Comparative-Assessment-with-the-European-Union-and-the-Inter-American-System>, consultat la 03.01.2020; Nadia Rusi, Erind Merkuri, *Relationship between ECTHR and the national court under the light of the Protocol No.16*, în *Tradition of the law and the law in transition: social, political and normative processes in a comparative perspective*, 2016, Tirana, p. 361, disponibil la <https://www.academia.edu/27944809/Relationship-between-ECTHR-and-the-national-court-under-the-light-of-the-Protocol-no.16>, consultat la 07.12.2019; W. Józwicki, *Protocol 16 to the ECHR. A Convenient Tool for Judicial Dialogue and Better Domestic Implementation of the Convention?*, în E. Kuzelewska, D. Kloza, I. Kraśnicka, F. Strzyczkowski (ed.), *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, European Integration and Democracy Series, Intersentia, Antwerp 2015, p. 192-193.

anumite aspecte legate de recunoașterea legăturii de filiație în condițiile anterior expuse, rămân, într-o anumită măsură, în spatele unui vâl de incertitudine.

Astfel, în paragraful 52 din Aviz se menționează că art. 8 din Convenție nu impune obligația generală a statelor de a recunoaște *ab initio* legătura dintre copil și mama prevăzută în convenția de gestație pentru altul, interesul superior al copilului reclamând ca această relație, stabilită legal în străinătate, să poată fi recunoscută cel târziu atunci când este materializată, cu alte cuvinte, când devine o realitate. S-a apreciat că „în principiu, nu revine Curții, ci în primul rând autorităților naționale să evalueze, având în vedere circumstanțele particulare ale cauzei, dacă și când s-a materializat această legătură” (paragraful 52 din Aviz) și că, „în funcție de circumstanțele fiecărui caz, și alte modalități pot servi în mod adecvat interesului superior al copilului”, în privința recunoașterii legăturii de filiație (paragraful 53 din Aviz). Asistăm așadar la un nou transfer al sarcinii de interpretare, de data aceasta în sens invers, de la CEDO către instanțele naționale, chemate să răspundă la probleme mai detaliate decât cele inițiale, respectiv: când „relația dintre copil și mama de intenție a devenit o realitate practică”?<sup>14</sup> (paragraf 52 din Aviz); când și cum anume sunt „prompte și eficiente” măsurile alternative de recunoaștere a legăturii de filiație? (paragraful 55 din Aviz).

Putem spune așadar că Avizul consultativ în cauză nu rezolvă toate dilemele legate de surogatul gestațional și consecințele acestuia, dar, dincolo de limitele sale, în mod incontestabil el reprezintă un instrument util de natură să faciliteze luarea de către instanța națională a unei decizii care să respecte prevederile Convenției EDO, astfel cum sunt acestea interpretate de către Curtea de la Strasbourg.

## Concluzii

După cum se poate observa din întreaga economie a Avizului consultativ din 10 aprilie 2019, pivotul acestei cauze îl constituie principiul interesului superior al copilului, care poate valida *a posteriori* convenții interzise în mod absolut de dreptul pozitiv. În acest fel, se poate asista în perspectivă la încurajarea femeilor sau a membrilor unui cuplu, căsătorit sau nu, dornice/dornici să devină părinți, să caute sisteme juridice străine care le permit să obțină ceea ce legea țării de origine le refuză în mod imperativ.

---

<sup>14</sup> De altfel, Avizul din 10 aprilie 2019 a fost primit cu o doză de scepticism, tocmai pentru faptul că acesta ridică noi probleme de interpretare a dispozițiilor Convenției. A se vedea, Antoine Buyse, *Analysis: The Strasbourg Court's First Advisory Opinion under Protocol 16*, disponibil la <http://echrblog.blogspot.com/2019/05/the-european-courts-first-advisory.html>, consultat la 02.01.2020; Laurens Lavrysen, *The mountain gave birth to a mouse: the first Advisory Opinion under Protocol No. 16*, disponibil la <https://strasbourgobservers.com/2019/04/24/the-mountain-gave-birth-to-a-mouse-the-first-advisory-opinion-under-protocol-no-16/>, consultat la 02.01.2020.

Incontestabil, impactul noilor tehnici medicale folosite în reproducerea medical asistată impun redefinirea unor instituții și concepte juridice, ridicând totodată serioase probleme de natură etică. Instituția filiației va cunoaște cu siguranță modificări profunde, de esență, căci o normă prohibitivă, de ordine publică, așa cum este cea din dreptul francez referitoare la interdicția maternității de substituție, nu poate lăsa în neant juridic „fructul unei ilegalități”, așa cum s-a întâmplat de-a lungul istoriei în cazul copiilor rezultați din relații adulterine ori incestuoase.