



Strasbourg, 25 septembre 2009

[cj-fa/cj-fa plenary meetings/38th plenary meeting/working documents/cj-fa(2009) 5f]

CJ-FA (2008) 5

**COMITÉ D'EXPERTS SUR LE DROIT DE LA FAMILLE
(CJ-FA)**

**UNE ETUDE SUR LES DROITS ET LE STATUT JURIDIQUE DES ENFANTS
QUI SONT ÉLEVÉS DANS DIFFÉRENTES FORMES MARITALES
ET NON MARITALES DE PARTENARIAT ET DE COHABITATION**

**Rapport soumis à l'attention du Comité d'experts sur le droit de la famille
par Nigel Lowe**

**Professeur de droit et Directeur du Centre d'études internationales sur le droit de
la famille de la Faculté de droit de l'Université de Cardiff, Royaume-Uni**

Document préparé par le Secrétariat de la
Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques

Les vues exprimées dans cet ouvrage sont de la responsabilité de(des) (l')auteur(s) et ne reflètent pas nécessairement la ligne officielle du Conseil de l'Europe.

I. OBJET ET FORME DU RAPPORT

L'objet assigné au présent rapport est le suivant :

- Réaliser une étude sur les droits et le statut juridique des enfants élevés dans les diverses formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation,
- Faire des propositions concernant un suivi éventuel.

La présente étude a notamment pour toile de fond l'existence :

1. de certains instruments du Conseil de l'Europe, à savoir la *Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage (1975)*, dont on s'accorde depuis longtemps à considérer qu'elle doit être modernisée¹, et deux documents qui lui sont reliés, à savoir la Recommandation n° R (84) 4 sur *les Responsabilités Parentales* et le "Livre blanc" sur les *Principes Relatifs à l'Etablissement et aux Conséquences Juridiques du Lien de Filiation*², qui n'a fait depuis l'objet d'aucun document de suivi ; et
2. d'instruments en matière de droits de l'homme, notamment la *Convention relative aux droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 (« CDE ») à laquelle tous les États membres du Conseil de l'Europe sont parties, qui enjoint aux États parties³ de respecter les droits énoncés dans la Convention et de les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, *sans aucune discrimination*. En outre, sans concerner spécifiquement les enfants, la *Convention européenne des droits de l'homme* (« CEDH ») entre en ligne de compte dans la mesure où les États membres sont tenus, notamment en vertu de ses articles 8 et 14, de respecter la vie privée et familiale sans aucune discrimination.

Son objet étant ainsi assigné, et compte tenu de l'existence d'instruments du Conseil de l'Europe pertinents, mais vieillissés et incomplets, et des instruments relatifs aux droits de l'homme, ainsi que de la science de la procréation médicalement assistée et des formes évolutives et diversifiées de ménages familiaux, le rapport est structuré comme suit :

- L'introduction se penche sur la question des thèmes à aborder dans le rapport (en concluant qu'il doit examiner tant le statut juridique de la parentalité et de la responsabilité parentale que le statut juridique de l'enfant) dans le contexte d'une diversification des formes de ménages familiaux et des progrès rapides des techniques de procréation médicalement assistée ;
- Les sources d'information sur lesquelles le rapport s'appuie ;

¹ À sa 30^e réunion, tenue en septembre 1997, le Comité d'Experts sur le Droit de la Famille (CJ-FA) a confié au Groupe de travail n° 2 sur le statut juridique des enfants la tâche d'établir un rapport sur les principes régissant l'établissement et les conséquences juridiques du lien de filiation. Le Groupe de travail avait été chargé d'élaborer les principes devant figurer dans un instrument international sur le statut juridique des enfants à la lumière des propositions formulées lors du XXVII^e Colloque sur le droit européen concernant les problèmes juridiques de la filiation (Malte 1997).

² CJ-FA (2001) 16 rev.

³ Article 2 (1).

- Un aperçu succinct des obligations internationales pertinentes ;
- Un bilan de la situation juridique actuelle dans les États membres du Conseil de l'Europe ;
- Une évaluation de la situation actuelle au regard, en particulier, des obligations internationales ;
- Des propositions concernant la révision de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage (1975) et sa fusion avec la nouvelle Convention sur le statut familial proposée, qui contiendrait des dispositions sur les responsabilités parentales.

II. INTRODUCTION

a. Détermination des thèmes à aborder dans l'étude

L'établissement du présent rapport se heurte à une difficulté particulière, qui est celle de déterminer les thèmes à y aborder. On pourrait simplement se focaliser sur le statut de l'enfant en tant que tel sans s'occuper de celui de ses parents ou de ses autres dispensateurs de soins. De fait, les États européens traitent en général des deux statuts séparément, s'occupant parfois du statut et des responsabilités des parents et parfois du statut de l'enfant et de la situation juridique qui en découle. Il s'ensuit, notamment, que même les États qui prévoient expressément que les enfants ont un statut identique quel que soit le statut de leurs parents (par exemple la Belgique et la Bulgarie) ou qui interdisent toute discrimination à l'égard des enfants illégitimes (par exemple l'Allemagne) n'en différencient pas moins le statut des parents en fonction de leur situation matrimoniale. En revanche, au moins d'un point de vue structurel, la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage (1975), qui avait pour objet d'égaliser le statut et les droits des enfants nés de parents mariés ou non, traite bien de la situation juridique des parents et de l'enfant dans un même instrument. De même, la CDE reconnaît l'importance du rôle des parents en exigeant des États qu'ils

*« ...respectent la responsabilité, les droits et les devoirs qu'ont les parents.... de donner à (l'enfant), d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention ».*⁴

en même temps qu'elle énonce les droits spécifiques des enfants.

Les enfants ne vivent pas en vase clos, mais au sein d'une famille et un élément important de leur protection est que l'unité familiale, quelle que soit la forme qu'elle prend, jouit d'une

⁴ Article 5. Voir également l'article 18, qui réquiert que Les Etats parties « s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont des responsabilités communes pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement ».

reconnaissance et d'une protection juridique adéquate et égale. En d'autres termes, le fait de limiter la parentalité légale ou de refuser d'accorder aux principaux dispensateurs de soins les droits et responsabilités légaux est aussi discriminatoire à l'égard de l'enfant que le fait de lui accorder un statut et des droits légaux différents en fonction des circonstances de sa naissance ou de son éducation. Comme l'a indiqué le rapport de l'Association internationale des lesbiennes et des gays « ILGA » Europe intitulé *'The Rights of Children Raised in Lesbian, Gay, Bi-Sexual or Transgender Families: A European Perspective'*⁵,

« l'unité familiale est souvent indispensable à la sécurité et au bonheur de l'enfant et à la protection de ses droits ... Il s'ensuit que le degré de reconnaissance légale accordé à l'unité familiale a un impact considérable sur celui de la réalisation des droits de cet enfant ».

Le rapport présente l'argument assurément valable selon lequel si la distinction entre un parent et un dispensateur de soin principal (qu'il désigne sous l'appellation de « co-parent ») est importante d'un point de vue juridique, elle peut, du point de vue de l'enfant, ne pas l'être sur le plan social. Le rapport d'ILGA part du principe que

« l'intérêt supérieur de ... l'enfant commande de ne pas laisser des liens importants du point de vue de sa prise en charge en dehors du cadre juridique des droits et des responsabilités ... Il s'agit de faire en sorte que tous les enfants jouissent de leurs droits fondamentaux sur un pied d'égalité ».

Le rapport d'ILGA s'intéressait spécifiquement aux lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres (LGBT), mais son principe de base semble correspondre à tous les types d'unités familiales. Le présent rapport fait résolument sienne l'opinion selon laquelle lorsque l'on examine les droits et le statut juridique de l'enfant, il convient également d'examiner les droits et le statut des parents et des autres principaux dispensateurs de soins. En d'autres termes, il est d'avis que les questions concernant la parentalité et les responsabilités parentales sont indissolublement liées au statut juridique de l'enfant⁶.

b. L'évolution des caractéristiques de la vie familiale

L'évolution des caractéristiques de la vie familiale sert en grande partie de toile de fond au présent rapport. L'idée traditionnelle de la famille en Europe - à savoir un couple marié dont les membres sont de sexe opposé et ont des enfants - conserve son importance, mais on considère depuis longtemps que ce n'est pas la seule forme d'unité familiale qui mérite d'être reconnue. En fait, la réalité que connaissent beaucoup d'enfants est la suivante : ils ne vivent pas dans une famille traditionnelle de ce type⁷. Comme l'indique le rapport d'ILGA⁸,

⁵ Octobre 2008.

⁶ Il ne s'agit absolument pas d'une idée nouvelle. Eekelaar a exposé la même idée dans ses commentaires sur la CDE, voir « The Importance of Thinking that Children have Rights » (1992) 61 JLF 221, 233.

⁷ Selon les statistiques élaborées par le Conseil de l'Europe (*Family 2006 in 46 Council of Europe Member States*, disponible à l'adresse : www.coe.int/HE/Com/Press/source/figures_family2006/doc), en Belgique et en Estonie, moins de la moitié des familles étaient des « familles traditionnelles », tandis que dans la plupart des États, les enfants nés hors mariage sont de plus en plus nombreux; ils sont par exemple plus de la moitié en Norvège, 48,5 % en France et 34 % en Hongrie. En Estonie et aux Pays-Bas, 45 % et 30 % des familles, respectivement, étaient des « familles cohabitantes », tandis que les familles monoparentales (dont le chef est communément une femme) représentaient une proportion élevée (25 % au Royaume-Uni, environ 20 % en

« Le divorce est devenu très courant, et débouche sur une augmentation du nombre des familles monoparentales et des familles reconstituées. Un nombre croissant de couples choisissent de ne pas se marier, ce qui grossit le nombre d'enfants nés hors mariage. »

L'expansion récente des familles LGBT est liée au fait qu'elles sont de mieux en mieux acceptées par la société⁹. Cette évolution a exercé des pressions sur les systèmes juridiques européens pour qu'ils intègrent les différentes formes d'unités familiales, par exemple la reconnaissance des partenariats de même sexe, encore que le rythme de cette adaptation de la législation ne soit absolument pas uniforme entre les États membres du Conseil.

Non seulement la composition des unités familiales s'est diversifiée, mais les progrès des techniques de procréation médicalement assistée ont remis en cause les présupposés de la parentalité. Les systèmes juridiques ont également dû faire face à cette évolution, bien que, comme nous le verrons, l'intervention ait été dans l'ensemble plus uniforme parmi les États membres, au moins en ce qui concerne la maternité.

III. SOURCES D'INFORMATION SUR LESQUELLES LE RAPPORT S'APPUIE

Le rapport puise à un certain nombre de sources. Une source importante est constituée par les réponses à un questionnaire (voir annexe) spécialement conçu pour les besoins de la présente étude et qui a été adressé à tous les États membres par le secrétariat du Conseil (« le questionnaire de l'étude ») et à des experts dont la plupart avaient établi des rapports nationaux liés aux travaux que mène la Commission pour le droit européen de la famille (CEFL)¹⁰ dans le domaine des responsabilités parentales¹¹. Ce questionnaire a permis d'obtenir des informations des 28 États membres, à savoir : Autriche, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Danemark, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Malte, Monaco, Pays-Bas, Norvège, Portugal, Roumanie, Russie, Serbie, Slovaquie, Espagne, Suède, Ukraine et Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles).

Une autre source importante d'information est constituée par les rapports nationaux sur les responsabilités parentales établis pour la CEFL par les pays suivants : Autriche, Belgique, Bulgarie, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lituanie, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Russie, Espagne, Suède,

Finlande et en Allemagne, 19 % en Pologne et en Slovaquie; 13 % en République tchèque et en Estonie et 12 % en Suisse. Voir également Karmann and Khan « Single-parent, female-headed families in Western Europe: Social change and response » 2007 International Social Security Review Vol 42, Issue 1, 3-34.

⁸ Op. cit. n. 4, p. 5.

⁹ Selon les études citées dans le rapport d'ILGA, *ibid.*, p. 6, on estime qu'entre 15 et 20 % des lesbiennes avaient des enfants et que 9 % des familles dirigées par un couple de même sexe (18 % dans le cas des lesbiennes) avaient au moins un enfant.

¹⁰ La CEFL, qui a été créée en 2001, est un organe indépendant composé d'experts européens qui se sont fixé pour mission la création de principes de droit européen de la famille qui sont considérés comme se prêtant le mieux à l'harmonisation du droit de la famille en Europe; voir, par exemple, la préface à l'ouvrage de Boele-Woelki, Ferrand, González Beilfuss, Jäntherä-Jareborg, Lowe, Martiny and Pintens, « *Principles of European Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses* » (Intersentia, 2002).

¹¹ Ces rapports nationaux sont publiés dans « *European Family Law in Action Vol III: Parental Responsibilities* » (eds Boele-Woelki, Braat and Curry-Sumner, Intersentia, 2005).

Suisse et Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles) ; et d'où la CEFL a tiré ses principes de droit européen de la famille concernant les responsabilités parentales¹².

Une attention particulière a également été accordée au rapport d'ILGA Europe sur « *The Rights of Children Raised in Lesbian, Gay, Bi-sexual or Transgender Families: A European Perspective* » (2008), au rapport précédent que l'auteur a présenté au CJ-FA, « *Évaluation des instruments juridiques du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la famille* »¹³, et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont l'analyse qu'en a fait Van Bueren¹⁴ s'est avérée extrêmement utile.

IV. APERÇU SUCCINCT DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES PERTINENTES

a. *Obligation générale de non-discrimination*

La CDE et la CEDH comportent toutes les deux des dispositions anti-discrimination. L'article 2-1 de la première est ainsi libellé :

*« Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. »*¹⁵

L'article 14 de la deuxième Convention, laquelle ne s'occupe pas spécifiquement des enfants, est rédigé de façon analogue :

*« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente 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. »*¹⁶

¹² Voir Boele-Woelki, Ferrand, González Beilfuss, Jänterä-Jareborg, Lowe, Martiny and Pintens, « *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities* » (Intersentia, 2007).

¹³ CJ-FA (2006) 1 Rev.

¹⁴ Voir Van Bueren, « *Child Rights in Europe* » (Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007).

¹⁵ Cette disposition antidiscrimination a été spécifiquement adoptée en Espagne par l'article 3 de la Loi organique 1/1996.

¹⁶ On notera qu'il est acquis que l'article 14 ne reconnaît pas un droit indépendant, mais qu'il ne peut être invoqué que si on le rapproche d'un autre article de la Convention. L'article 1-1 du Protocole 12 (qui est entré en vigueur en avril 2005) fait bel et bien de l'interdiction de la discrimination un droit indépendant, mais tous les États membres ne l'ont pas signé, tant s'en faut.

b. Les droits garantis ou protégés

i. Les droits familiaux de l'enfant

Tout en s'occupant pour l'essentiel des droits spécifiques des enfants, la CDE n'en reconnaît pas moins l'importance de la famille pour ce qui est de promouvoir et de garantir le développement des enfants. En fait, c'est ce qui est dit dans le Préambule, qui dispose notamment ce qui suit :

« Convaincue que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté.... »

Toutefois, comme le montrent les multiples références aux « parents » qui émaillent l'instrument, la Convention tend à donner un sens restrictif au mot « famille », encore que son article 5, en particulier, énonce une notion plus large :

« Les États parties respectent les responsabilités, les droits et les devoirs qu'ont les parents ou, le cas échéant, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant » de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention ». [italiques ajoutées]

En revanche, alors que la CEDH vise à conférer des droits non spécifiquement aux enfants, mais à tous les individus, la vaste jurisprudence élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme (« CrEDH ») sur la signification de la « vie familiale » afin de déterminer si les droits consacrés par l'article 8 sont mis en cause a donné à cette Convention un champ d'application plus étendu que celui de la CDE, au moins en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée et familiale.

Il n'est pas question de présenter ici une analyse détaillée de cette jurisprudence. D'autres s'y sont déjà employés avec brio¹⁷. Nous nous bornerons à faire les remarques suivantes :

la notion de la « vie familiale » aux fins de la mise en cause des droits garantis par l'article 8 est une notion évolutive. De fait, Van Bueren soutient que la jurisprudence de l'article 8 concernant le sens de l'expression « vie familiale » « a généralement été dynamique et progressive », prenant en considération le changement social et, « de la sorte, agissant paradoxalement comme un catalyseur de nouveaux changements sociaux »¹⁸. Dans cette perspective d'une notion évolutive, ce que l'on peut dire à l'heure actuelle, c'est que :

¹⁷ Voir, par exemple, Van Bueren, op cit n 14, p. 118ff, Fortin, « *Children's Rights and the Developing Law* » (2^e éd., Butterworths 2003) 60-62, Kilkelly « *The Child and the European Convention* » (Ashgate, 1999) et, plus récemment, le rapport d'ILGA, op. cit., n. 5, par. 2-3.

¹⁸ Op cit, n 14, p. 118. Mais on notera l'analyse plus prudente de McGlynn, « *Families and the European Union – Law, Politics and Pluralism* » (Cambridge University Press, 2006) at p 17, qui affirme que « la jurisprudence de la Convention n'a avancé que lentement en direction d'une approche pluraliste et diversifiée des familles » et qu'elle *Creste attachée au mariage hétérosexuel en tant que fondement de 'la famille' ».*

- La relation entre la mère et l'enfant sera toujours considérée comme une 'famille', que l'enfant soit né dans le mariage ou hors mariage¹⁹.
- La relation entre un père marié et son enfant est elle aussi toujours considérée comme une 'famille' et, de ce fait, comme mettant en cause les droits garantis par l'article 8²⁰.

MAIS

- Les pères célibataires doivent établir davantage que des liens du sang pour établir l'existence d'une vie familiale avec leur enfant²¹, à savoir le fait qu'ils portent un intérêt et un attachement suffisant à l'enfant.

Comme Kilkelly l'a dit²², la CrEDH semble opérer une distinction entre les pères célibataires qui sont attachés à leurs enfants et ceux qui ne semblent pas désirer une relation étroite de ce type.

Toutefois,

- dès l'instant qu'un père célibataire peut démontrer un intérêt ou un attachement suffisant, il n'est pas nécessaire de prouver que sa cohabitation avec la mère se poursuit au moment de la naissance de l'enfant²³ ni même qu'il a cohabité avec elle à un moment donné²⁴. De plus, une fois que cette relation est démontrée, le fait que le parent soit homosexuel ou transsexuel n'a aucune importance²⁵.
- *en l'absence de la prescription de l'intérêt ou de l'attachement*, on ignore si la relation entre un grand- parent et un petit-fils ou une petite-fille peut être considérée comme relevant de la « vie familiale »²⁶.

De même,

- *en l'absence de la prescription de l'intérêt ou de l'attachement*, on ignore si la relation entre le partenaire de même sexe d'un parent et l'enfant met en cause les droits garantis par l'article 8²⁷.

¹⁹ *Marckx c. Belgique* (1979) 2 EHRR 330.

²⁰ *Johnston c. Irlande* (1986) 9 EHRR 203.

²¹ *Nylund c. Finlande* (requête n° 27110/95) et *G c. Pays-Bas* (1993) 16 EHRR CD 38.

²² Op. cit., n. 17, p. 192.

²³ *Keegan c. Irlande* (1994) 18 EHRR 342.

²⁴ *Lebbink c. Pays-Bas* (2004) 40 EHRR 18 (le père a rendu régulièrement visite à l'enfant et l'a gardé en l'absence de sa mère).

²⁵ *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (1999) 31 EHRR 47 et *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (1997) 24 EHRR 143.

²⁶ D'après la jurisprudence de la CrEDH, les liens du sang ne suffisent pas; voir *Price v UK* (1982) 55 DR 224 et *L c. Finlande* [2000] 2 FLR 118. Mais on a fait valoir (voir Douglas et Ferguson «The role of grandparents in divorced families » (2003) 17 Int Jo of Law, Policy and Family 41 et Ferguson et al. *Grandparenting in Divorced Families* (Policy Press, 2004), p. 74) que, selon les faits, il peut être possible d'établir l'existence d'une « vie familiale » sans nécessairement assurer une protection *de facto*. Voir également Van Bueren (op cit n 14, p. 120), qui indique que la relation entre des enfants et leurs grands-parents peut relever de la protection prévue par l'article 8 et attire l'attention sur les arrêts rendus par les cours suprêmes de la Slovénie et de la Belgique.

²⁷ C'est ce que semble indiquer l'arrêt rendu dans l'affaire *Karner c. Autriche* (2003) 38 EHRR 528 – dans lequel la Cour a jugé que le droit de recueillir par succession le bail d'un logement occupé par un couple de même sexe

D'un autre côté

- dès l'instant qu'existe un lien d'affection entre l'adulte et l'enfant, il est clair que l'absence de lien biologique ne s'oppose pas à la mise en cause des droits garantis par l'article 8²⁸.

La situation actuelle et l'importance de la jurisprudence de la CrEDH peuvent donner lieu à des opinions divergentes²⁹, mais l'auteur de la présente étude juge pertinente la conclusion du rapport d'ILGA³⁰ :

« L'idée selon laquelle les couples hétérosexuels mariés et leurs enfants représentent la seule forme valide a été clairement réfutée par la CrEDH et remplacée par la notion plus nuancée de famille *de facto*. La reconnaissance par la Cour des familles *de facto* permet d'envisager celle de diverses relations fondées sur l'affection et le soutien mutuel, mais elle n'offre à présent que trop peu d'orientations en ce qui concerne les questions touchant les droits familiaux des enfants élevés dans des familles LGBT et l'égalité pour ces enfants ».

ii. *Les droits spécifiques de l'enfant*

Nous complétons cet aperçu des obligations internationales par un survol des divers droits spécifiques de l'enfant prévus par les instruments internationaux.

Pour ce qui est du présent rapport, la CDE prévoit les droits suivants :

- *Le droit à la vie et au développement* (article 6) : les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie et assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant.
- *Le droit à une identité* (article 7) :

« 1. L'enfant est enregistré aussitôt après sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale /droit national et aux obligations que leur imposent les

était protégé par le droit au respect de son domicile garanti par l'article 8. Un avis de sens contraire a été exprimé dans l'arrêt *Fretté c. France* (2004) 38 EHRR 31 – dans lequel le droit d'un État de faire acte de discrimination à l'égard d'homosexuels s'agissant de limiter le droit d'adoption a été confirmé comme relevant de la marge d'appréciation de l'État, mais la décision plus récente de la Grande Chambre dans *EB c. France* (requête n° 43546/02), [2008] 1 FLR 850, selon laquelle le refus d'autoriser la requérante à adopter un enfant, notamment en raison de son homosexualité, violait l'article 14, à rapprocher de l'article 8, partait du principe que les droits garantis par l'article 8 englobent le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables.

²⁸ *K et T c. Finlande* [2001] 36 EHRR 18.

²⁹ L'interprétation prudente de McGlynn, par exemple, a déjà été constatée à la note 18 plus haut.

³⁰ Op. cit., n. 5, par. 2.4.

instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride. »

L'article 8 dispose notamment ce qui suit :

- « Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale. »
- Le droit de vivre ou d'entretenir des contacts avec ses deux parents (article 9-1) :

Les États parties « veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Lorsque l'enfant est séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux, l'article 9-3 requiert des États qu'ils

« respectent le droit de l'enfant ... d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

En outre, la CDE reconnaît à l'enfant le droit de recouvrer une pension alimentaire de ses parents ou des autres personnes ayant une responsabilité financière à son égard (article 27-4) ; le droit à la liberté d'expression (article 13) ; le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 14) ; le droit à la liberté d'association (article 15) ; le droit à l'éducation (article 28) et, d'une façon générale, le droit de ne faire l'objet d'aucune immixtion arbitraire ou illégale dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance (article 16).

La plupart des droits susvisés sont également prévus par la CEDH, bien qu'ils ne soient pas exprimés d'une façon qui concerne spécifiquement les enfants ni présentés expressément comme des obligations positives³¹. C'est ainsi que le droit à la vie (mais non au développement) ; le droit à la liberté d'expression ; le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; le droit à la liberté d'association ; le droit à l'éducation et le droit au respect de la vie privée et familiale sont protégés, respectivement, par les articles 2, 8, 10, 9 et 11 et l'article 2 du Protocole 1.

L'article 7 de la CDE n'a pas de pendant direct dans la CEDH, mais d'aucuns font valoir³² que le droit de l'enfant à une identité *est bel et bien* consacré par l'article 8, tandis que le droit de l'enfant d'entretenir des contacts réguliers avec son ou ses parents est prévu par l'article 4 de la Convention de 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants.

³¹ Encore qu'il soit clair que certaines parties de la Convention (articles 2, 3 et 8, en particulier) non seulement obligent les États à s'abstenir d'entraver l'exercice des droits qu'elles protègent, mais aussi requièrent qu'ils prennent des mesures positives pour garantir ces droits. Voir *Marckz c. Belgique* op. cit., n. 19 et l'analyse de Fortin, op. cit., n. 16, 61-62.

³² Voir Van Bueren, op. cit., n. 14, p. 64sq et les autorités qui y sont mentionnées.

En sus de ce qui précède, la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975 précise que « les père et mère d'un enfant né hors mariage ont la même obligation d'entretien à l'égard de cet enfant que celle qui existe à l'égard de l'enfant né dans le mariage » (article 6-1)³³ et que l'enfant né hors mariage jouit du même droit d'hériter que l'enfant né dans le mariage (article 9).

Dans un souci de clarté, il convient d'indiquer qu'à la différence de la CEDH, à laquelle souscrivent tous les États membres, ces derniers sont loin d'avoir tous ratifié la Convention de 2003 ou même la Convention de 1975³⁴.

V. BILAN DE LA SITUATION JURIDIQUE ACTUELLE DANS LES ÉTATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE

La présente section est consacrée aux conclusions tirées des réponses au questionnaire de l'étude³⁵ et, en ce qui concerne les responsabilités parentales, des réponses à l'enquête de la CEFL³⁶.

a. *Filiation juridique*

i. *La situation générale*

Dans tous les pays sur lesquels l'enquête a porté, la femme qui donne naissance à un enfant est considérée comme la mère légale quelle que soit sa situation matrimoniale – à l'exception de la Grèce (où l'article 148 du Code Civil permet à un tribunal d'agréer la maternité de substitution avec pour résultat (voir article 1464) que la mère présumée n'est pas la femme ayant donné naissance à l'enfant mais celle qui a obtenu l'autorisation du tribunal, quel que soit son lien génétique avec l'enfant) et l'Ukraine (où le Code de la famille prévoit que, dans le cas d'un embryon conçu par les conjoints et implanté dans une autre femme, les conjoints, et non la femme qui donne naissance à l'enfant sont considérés comme les parents légaux) –, encore que cela ne soit pas toujours réglementé par une loi, quel que soit son lien génétique avec l'enfant³⁷.

De même, tout le monde s'accorde à considérer que, dans le cas d'un enfant né d'une femme mariée, le mari de celle-ci est considéré comme le père légal sauf, encore que cela ne soit pas toujours prévu par une loi, dans le cas d'un second mariage contracté dans un court laps de temps (exprimé parfois en mois et parfois en jours)³⁸ avant la naissance de l'enfant. Certains pays (comme le Danemark et la Norvège) n'appliquent pas la présomption de paternité au

³³ Voir également le principe 8 de la Recommandation n° R (84) 4 sur les responsabilités parentales.

³⁴ Au moment où le présent rapport était rédigé, la Convention de 2003 n'avait été ratifiée que par 6 États, tout en ayant été signée par 11 autres, tandis que la Convention de 1975 avait été ratifiée par 22 États et signée par 3 autres.

³⁵ Le questionnaire est reproduit en annexe.

³⁶ Op. cit., p. 4 plus haut.

³⁷ En Lituanie, selon l'article 3.139 du Code civil 2000, l'inscription de la mère de l'enfant au registre du Bureau de l'état civil ne peut se faire que sur présentation d'un certificat délivré par l'hôpital ou le centre de santé où l'enfant est né ou, à défaut, par une commission consultative de médecins.

³⁸ Par exemple 10 mois dans le cas du Danemark et de l'Ukraine et 270 jours dans le cas de la Bosnie-Herzégovine. Une exception : la Finlande, où le deuxième mari est présumé être le père.

mari s'il est séparé de la mère au moment de la naissance de l'enfant. La plupart des pays stipulent que le mari est considéré comme le père légal lorsqu'il décède pendant la période (exprimée de façons diverses) de gestation qui précède la naissance de l'enfant³⁹. Certains appliquent des règles analogues dans le cas d'un mari divorcé⁴⁰.

Dans la plupart des pays, la position susvisée est une présomption, qui peut donc être ultérieurement combattue dans le cadre de poursuites judiciaires en déclaration de paternité⁴¹.

Lorsqu'un enfant naît de parents célibataires, la position la plus couramment adoptée par les pays civilistes est que l'homme qui reconnaît la paternité ou la personne dont la paternité est établie par une procédure judiciaire est considéré comme le père légal. En l'absence de reconnaissance ou d'ordonnance judiciaire, le seul parent légal est la mère.

Le plus souvent, la reconnaissance requiert soit une déclaration conjointe par l'homme et la mère (comme au Danemark et en Slovaquie), soit une requête conjointe présentée à une autorité compétente (en principe, l'autorité d'enregistrement)⁴². Quelques états (comme la Bulgarie, la Lituanie et l'Ukraine) n'autorisent la reconnaissance que par le père et certains pays (comme l'Estonie, la Lituanie, la Norvège, la Russie et la Suède) autorisent la reconnaissance pendant la grossesse et après la naissance.

La plupart des législations civiles habilite les tribunaux à se prononcer sur des requêtes en paternité, mais certains limitent cette habilitation, par exemple en n'autorisant que l'enfant à présenter une requête dans les trois ans qui suivent l'année où il atteint sa majorité ou en n'autorisant la mère à le faire que dans les trois ans qui suivent la naissance de l'enfant (comme en Bulgarie), ou en interdisant la présentation d'une requête si l'enfant âgé d'au moins 15 ans s'y oppose (comme en Finlande)⁴³.

En Angleterre et au Pays de Galles, malgré qu'il n'existe pas de référence expresse à la reconnaissance volontaire de paternité, l'inscription du père sur l'acte de naissance, qui peut uniquement avoir lieu avec le consentement de la mère, donne lieu à une présomption qu'il est le père légal. La paternité peut *toujours* être contestée.

³⁹ Les deux périodes le plus communément exprimées est 10 mois (comme au Danemark, en Estonie, en Géorgie et en Ukraine) ou 300 jours (comme en Autriche, en Bosnie-Herzégovine, en Lituanie et en Slovaquie). La Lettonie et les Pays-Bas stipulent 306 jours. La Finlande, la Norvège et la Suède mentionnent la période de gestation. L'Angleterre et le Pays de Galles laissent à l'appréciation de l'appareil judiciaire le soin de déterminer la paternité.

⁴⁰ Voir, par exemple, la Bosnie-Herzégovine et l'Estonie. L'Angleterre et le Pays de Galles adoptent la même approche discrétionnaire de *common law*.

⁴¹ Comme, par exemple, en Bulgarie, au Danemark, en Angleterre et au Pays de Galles, en Finlande, aux Pays-Bas, à Monaco, en Russie, en Slovaquie et en Suède.

⁴² Voir, par exemple, l'Estonie, où l'enregistrement doit se faire en personne au bureau de l'état civil, la Géorgie, la Norvège, la Slovaquie et l'Ukraine. En Suède, la requête doit être approuvée à la fois par le Comité de protection sociale et la mère : Code suédois des parents et des enfants, chapitre 1§ 4, par. 2.

⁴³ On peut se demander si ces restrictions respectent les droits de l'homme. Voir plus loin.

ii. *La position des pays dans les affaires de procréation médicalement assistée*

Les États réglementent la procréation médicalement assistée à des degrés divers. En Géorgie, Lettonie, Lituanie et Ukraine, par exemple, la réglementation est peu développée, à la différence de ce qui se passe dans certains États d'Europe occidentale, en particulier la Suède⁴⁴ et le Royaume-Uni (qui a dans ce domaine une législation commune applicable à l'Angleterre et au Pays de Galles, à l'Écosse et à l'Irlande du Nord)⁴⁵ et, à un moindre degré, par exemple, en France et en Espagne, la réglementation est plus abondante.

Toutefois, les États membres enquêtés ont des vues identiques sur les points suivants :

1. la personne donnant naissance à un enfant est toujours considérée comme la mère légale⁴⁶,
2. le donneur de sperme n'est pas considéré comme le père légal, mais
3. le mari de la mère qui consent à ce traitement au titre de l'aide à la procréation est considéré comme le père légal (même s'il n'a aucun lien génétique avec l'enfant). Beaucoup d'États vont même jusqu'à considérer le cohabitant de sexe masculin consentant comme le père légal (comme en Autriche, en Estonie, en France, en Grèce, aux Pays-Bas, en Norvège, en Espagne, en Suède et au Royaume-Uni). En revanche, seuls le Norvège⁴⁷, l'Espagne⁴⁸, la Suède⁴⁹ et le Royaume-Uni ont adopté des dispositions spécifiques⁵⁰ conférant la parentalité juridique à un partenaire de même sexe qui consent au traitement du parent biologique au titre de l'aide à la procréation. La France et la Grèce, toutefois, se sont empêchées d'adopter un tel changement.

Cette incapacité générale d'un partenaire de même sexe à être considéré comme un parent légal ne peut être surmontée que si le partenaire en question adopte l'enfant, possibilité qui est limitée aux États qui autorisent l'adoption par des couples de même sexe.

⁴⁴ Voir le Code des parents et des enfants (1949 : 381), Ch 1 et la Loi (2006 : 351) sur l'intégrité génétique.

⁴⁵ Il s'agit de la Loi de 1990 sur la fécondation artificielle et l'embryologie, de la Loi sur la fécondation artificielle et l'embryologie (2008) ('LFAE de 2008').

⁴⁶ À l'exception de la Grèce et de l'Ukraine, comme nous l'avons vu plus haut.

⁴⁷ Voir la modification de la Loi norvégienne sur les enfants qui est entrée en vigueur en janvier 2009 accordant, sous certaines conditions, au conjoint de la mère biologique (le mariage homosexuel est autorisé en Norvège depuis janvier 2009) le statut de co-mère.

⁴⁸ Voir la modification de la Loi 14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de procréation médicalement assistée par la disposition additionnelle de la Loi 3 2007 de mars 2007, portant rectification de la mention relative au sexe des personnes sur les registres de l'état civil.

⁴⁹ Voir le Code des parents et des enfants, Ch 1 §§ 6-9. À l'heure actuelle, il est envisagé d'établir une présomption « mater est » faisant d'un partenaire de la mère consentant un parent.

⁵⁰ Voir la LFAE de 2008, qui est entrée en vigueur le 6 avril 2009.

iii. *La position des pays à l'égard des accords relatifs à la maternité de substitution*

En ce qui concerne la maternité de substitution⁵¹, les États ayant légiféré sur la question⁵² considèrent tous que ces accords ne sont pas susceptibles d'exécution, mais que lorsqu'un enfant naît à la suite d'un accord de ce type, la femme qui le met en monde est considérée comme la mère⁵³ et son mari ou partenaire de sexe masculin comme le père⁵⁴.

iv. *La position relative à l'utilisation de sperme à titre posthume*

Une autre complication relative à la paternité découle de l'utilisation de sperme à titre posthume. Beaucoup d'états (Bulgarie, Estonie, Géorgie, Lettonie, Roumanie, Serbie, Slovaquie et Ukraine, par exemple) n'ont pas adopté de réglementation spécifique sur la question et on peut supposer que les règles normales s'appliqueront. Certains États (comme l'Autriche, la Finlande, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège, la Russie et la Suède) interdisent cette pratique. La Belgique ne l'autorise que dans les six mois qui suivent le décès de l'homme. Le Danemark dispose que l'homme n'est pas considéré comme le père⁵⁵, ce qui était naguère la position de l'Angleterre et du pays de Galles, mais cette position a été partiellement modifiée⁵⁶ : lorsque le mari a consenti à cette utilisation, il est considéré comme le père, mais cette position est sans effet sur le droit d'hériter.

Bien qu'elle soit rarement réglementée de façon explicite (à l'exception de l'Angleterre et du Pays de Galles)⁵⁷, on considère généralement qu'un changement de sexe ultérieur est sans effet sur la parentalité. De même, tous les pays s'accordent à considérer qu'une fois qu'elle est établie, la parentalité ne peut être modifiée que par une adoption ultérieure⁵⁸. La seule complication est que certains États (comme la Bosnie-Herzégovine, la France et le Portugal) reconnaissent les adoptions simples et les adoptions plénières, qui ne peuvent pas être assimilées à un transfert complet de tous les aspects de la filiation.

⁵¹ C'est-à-dire un accord en vertu duquel une femme (la mère porteuse) donne naissance à un enfant à la place d'une autre personne (la ou les « partie(s) contractante(s) »).

⁵² Beaucoup d'États n'ont pas adopté de loi spécifique sur la maternité de substitution; c'est par exemple le cas des pays suivants : Bulgarie, Estonie, Géorgie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Roumanie, Suède et Ukraine. En Finlande, les traitements contre la stérilité sont interdits. Voir l'article 8 de la Loi finlandaise sur les traitements sur la fécondité assistée (1237/2006).

⁵³ Toutefois, en Bosnie-Herzégovine, la maternité peut être déniée dans certains cas. A noter également la situation en Grèce et en Ukraine, comme nous l'avons vu plus haut.

⁵⁴ À noter toutefois que le Royaume-Uni autorise bien la prise d'« ordonnances relatives à la parenté », lesquelles sont en fait des mini-adoptions qui transfèrent la parentalité de la mère porteuse au couple contractant. La Russie a également prévu l'enregistrement des parents contractants en tant que parents légaux.

⁵⁵ Article 28-2 de la Loi danoise de 2001 sur les enfants.

⁵⁶ Par la Loi de 2003 sur la fécondation artificielle et l'embryologie (pères décédés), à présent intégrée à la LFAE de 2008.

⁵⁷ L'article 12 de la Loi de 2004 sur la reconnaissance du genre stipule que le changement de sexe de l'un ou de l'autre parent est sans effet sur leur statut parental initial.

⁵⁸ Voir toutefois la note plus haut.

b. Responsabilité parentale

Comme l'indique la CEFL⁵⁹, en dépit du fait que l'expression 'responsabilité(s) parentale(s)'⁶⁰ figure dans divers instruments internationaux, parmi lesquels le Règlement de Bruxelles II révisé⁶¹ et la Recommandation n° R(84)4 du Conseil de l'Europe sur les 'responsabilités parentales' et son Livre blanc sur le lien de filiation⁶², peu d'États membres l'utilisent expressément dans leur législation. En fait, selon les rapports nationaux établis en réponse à l'enquête de la CEFL⁶³, en décembre 2004, on ne la rencontrait que dans la Loi norvégienne de 1981 sur les enfants et la Loi anglaise de 1989 sur les enfants. On peut ajouter à cette liste l'Écosse, l'Irlande du Nord et l'Île de Man⁶⁴, juridictions qui n'étaient pas incluses dans l'enquête de la CEFL, ainsi que, depuis le 1er décembre 2008, le Portugal⁶⁵. Ils la remplacent par diverses expressions qui sont différentes mais qui se rapprochent en anglais plus au moins de l'"autorité parentale"⁶⁶ ou de la 'garde des enfants et de la tutelle'⁶⁷. Néanmoins, d'un point de vue fonctionnel, si l'on considère ce que ces concepts recouvrent ordinairement, à savoir les soins et la protection, la fourniture d'une éducation, l'entretien des relations personnelles, la détermination du lieu de résidence de l'enfant, l'administration de ses biens et sa représentation légale, il est clair qu'il existe une base commune. C'est la raison pour laquelle, aux fins du présent rapport et compte tenu du fait que cette expression est de plus en plus largement acceptée, au moins au plan international, toutes les expressions seront regroupées sous l'expression générale de « responsabilité parentale ». La présente section examine la question générale des personnes investies de la responsabilité parentale et de celles qui peuvent l'acquérir.

i. Le statut des parents⁶⁸

Dans tous les pays sur lesquels a porté l'enquête, à l'exception du Danemark, les deux parents d'un enfant né d'un mariage légitime sont investis d'une responsabilité parentale conjointe. Au Danemark, les parents mariés sont également investis d'une responsabilité parentale conjointe, sauf lorsqu'ils sont légalement séparés au moment de la naissance de l'enfant, auquel cas seule la mère a la responsabilité parentale.

⁵⁹ Voir « *Principes de droit européen de la famille concernant les responsabilités parentales* », op. cit., n. 12, pp. 26-27.

⁶⁰ En fait, même dans les instruments internationaux, l'expression est utilisée au singulier ou au pluriel.

⁶¹ C'est-à-dire le Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

⁶² Le Livre blanc sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation (2002) CJ-FA (2001) 16 Rev.

⁶³ « *European Family Law in Action Vol III Parental Responsibilities* », op. cit., n. 11.

⁶⁴ Voir, respectivement, la Loi de 1995 sur les enfants (Écosse), l'Ordonnance de 1995 sur les enfants (Irlande du Nord) et la Loi mannoise de 1991 sur la famille.

⁶⁵ Voir la Loi 61/2008.

⁶⁶ L'expression 'autorité parentale' est utilisée au Danemark, en France en Italie, en Lituanie, aux Pays-Bas, en Pologne, en Espagne, et en Suisse; 'protection parentale' (Allemagne); 'protection parentale et tutelle' (Grèce); 'supervision parentale' (Hongrie); 'droits parentaux' (Russie); et 'droits et obligations parentaux' (Bulgarie).

⁶⁷ L'expression 'garde des enfants' est utilisée en Finlande et l'expression 'garde des enfants et tutelle', en Irlande et en Suède.

⁶⁸ Les sous-sections ci-après (i) à iii)) s'appuient sur l'analyse comparative présentée dans les « *Principes de droit européen de la famille concernant les responsabilités parentales* », op. cit., n. 12, chapitre III, et sur les rapports nationaux établis en réponse aux questions 15, 16, 20, 21 et 27 du questionnaire de la CEFL sur les responsabilités parentales, voir « *European Family Law in Action, Volume III: Parental Responsibilities* », op. cit., n. 11.

Sans exception (si ce n'est la règle particulière qui veut, tant en France qu'en Italie, qu'une mère célibataire doit reconnaître son enfant ou faire établir la maternité par un tribunal), les mères d'enfants nés hors mariage sont investies de la responsabilité parentale.

Le statut des pères célibataires, toutefois, varie davantage d'un pays à l'autre. Dans beaucoup de pays (Belgique, Bulgarie, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, Lituanie, République tchèque et Russie, par exemple), la paternité est établie soit par reconnaissance, soit par décision de justice, et les deux parents⁶⁹ ont la responsabilité parentale conjointe, encore que, dans le cas de la Hongrie et de l'Italie, les parents doivent cohabiter au moment de la naissance de l'enfant. En Pologne, un père célibataire n'obtient pas la responsabilité parentale lorsque la paternité est établie par un tribunal, mais l'obtient s'il a volontairement reconnu l'enfant.

Un nombre non négligeable de pays (Autriche, Danemark, Angleterre et Pays de Galles, Finlande, Allemagne, Irlande, Pays-Bas, Norvège, Portugal, Suède et Suisse, par exemple) continuent de faire une distinction entre les pères mariés et les pères célibataires, si bien que les pères célibataires n'obtiennent pas automatiquement la responsabilité parentale ils n'en sont investis que s'ils l'acquièrent. Cela peut se faire de plusieurs façons, comme par exemple à titre de conséquence automatique d'un mariage ultérieur avec la mère (c'est le cas en Autriche, au Danemark, en Angleterre et au Pays de Galles, en Finlande, en Allemagne, en Irlande, en Suède, et en Suisse⁷⁰) ; dans beaucoup de pays, par la voie d'un accord passé avec la mère (même si les accords peuvent prendre un certain nombre de formes)⁷¹, ou, dans le cas de l'Angleterre et du Pays de Galles, de l'Irlande et de la Suède, par ordonnance judiciaire. En outre, en Angleterre et au Pays de Galles, les pères célibataires acquièrent également la responsabilité parentale en se faisant enregistrer en tant que pères sur l'acte de naissance de l'enfant. En Norvège, les parents ont la responsabilité parentale conjointe si la paternité ou la co-maternité est établie et que les parents sont enregistrés à la même adresse ou déclarent officiellement qu'ils cohabitent.

ii. *Le statut du partenaire du parent*

Dans aucun des pays enquêtés par la CEFL le conjoint du parent ou son partenaire enregistré ou informel n'était investi automatiquement de la responsabilité parentale, mais tant en Norvège qu'au Royaume-Uni les partenaires civils et, dans le cas de la Norvège, les conjoints de la mère biologique, sont investis de la responsabilité parentale. Qui plus est, dans la majorité des pays concernés, sauf adoption, ces partenaires ne peuvent pas obtenir la responsabilité parentale assortie de droits et de devoirs égaux à ceux d'un parent. En ce qui concerne l'adoption, beaucoup de pays exigent que le parent et le beau-père ou la belle-mère soient mariés, encore que certains (comme la Belgique, le Danemark, l'Allemagne, les Pays-Bas et la Suède) autorisent l'adoption conjointe par un parent et un partenaire enregistré. À la différence d'autres

⁶⁹ Encore que, dans le cas de la France et de l'Italie, il faut, pour qu'il y ait responsabilité conjointe, que les parents reconnaissent l'enfant ou fassent établir le lien de filiation par un tribunal.

⁷⁰ Bien que, dans le cas de la Suisse, la paternité doit encore être établie.

⁷¹ Aux Pays-Bas, par exemple, les parents célibataires qui souhaitent exercer les responsabilités parentales conjointes doivent faire enregistrer leur requête conjointe auprès de l'officier de l'état civil responsable du registre de la garde des enfants; au Portugal, les parents doivent faire une déclaration devant le responsable de l'Office de l'état civil; en Irlande et en Suède, la responsabilité conjointe peut être acquise au moyen d'un enregistrement auprès de l'administration fiscale, tandis qu'en Suisse, une requête commune peut être présentée à l'administration chargée des tutelles.

juridictions, comme par exemple, l'Angleterre et le Pays de Galles⁷², la Lituanie, le Portugal, la Russie l'Écosse⁷³ et l'Espagne autorisent les adoptions par un parent et un cohabitant⁷⁴.

Quelques pays prévoient un moyen plus général permettant aux beaux-parents d'acquérir la responsabilité parentale. Le Danemark, par exemple, autorise le conjoint d'un parent exerçant seul la responsabilité parentale à obtenir la responsabilité parentale par la voie d'un accord, tandis qu'en Finlande, le partenaire d'un parent peut acquérir cette responsabilité par la voie d'une ordonnance judiciaire. En Angleterre et au Pays de Galles, et en Écosse, le conjoint ou le partenaire enregistré d'un parent peut l'acquérir par l'une ou l'autre de ces voies.

L'Autriche considère un beau-père ou une belle-mère (qu'il ou elle soit marié(e) au parent ou cohabite avec lui) de la même manière qu'un parent d'accueil et fait droit aux requêtes en *transfert* de la responsabilité parentale. En France, les tribunaux peuvent conférer aux beaux-parents certains droits personnels limités, tandis qu'en Allemagne et en Suisse, la loi reconnaît au beau-père et à la belle-mère des responsabilités limitées en ce qui concerne les affaires quotidiennes.

Dans la majorité des pays, le sexe du partenaire du parent ne joue pas quant à l'attribution (ou l'exercice) de la responsabilité parentale. Néanmoins, certains États (par exemple l'Autriche, la République tchèque, l'Italie, la Lituanie et le Portugal) refusent d'accorder aux couples de même sexe les responsabilités parentales conjointes et interdisent les adoptions par des personnes du même sexe, y compris des adoptions par un beau-père ou une belle-mère.

iii. Le statut des personnes autres que les parents ou les beaux-parents

D'une façon générale, les pays enquêtés y regardent à deux fois avant d'attribuer les responsabilités parentales à des personnes autres que les parents ou les beaux-parents, même si l'enfant leur a été confié. Par exemple, à l'exception de ce qui se passe dans une minorité de pays (comme la Belgique, le Danemark et les Pays-Bas)⁷⁵, les parents n'ont pas le pouvoir autonome de transférer la responsabilité parentale à des tiers. Une complication supplémentaire à cet égard découle de la distinction entre *l'attribution* et *l'exercice* de la responsabilité parentale – question qui, malheureusement, n'a pas été traitée d'une manière explicite dans les rapports nationaux. Toutefois, ce que l'on peut dire, c'est que dans certains pays, par exemple en Belgique et en Bulgarie, les tribunaux peuvent accorder à des tiers le droit d'exercer les responsabilités parentales à l'égard des enfants qui leur ont été confiés, mais sans que ces responsabilités leur soient attribuées. De même, en République tchèque, en France, en Allemagne et en Suède, le fait de placer un enfant auprès de parents d'accueil n'affecte la responsabilité parentale que dans la mesure où il s'agit de prendre des décisions concernant les affaires quotidiennes relatives à l'éducation d'un enfant. Dans un certain nombre d'autres pays, comme par exemple l'Autriche, la

⁷² Cette situation est apparue depuis l'enquête de la CEFL, à la suite de la mise en oeuvre de la Loi de 2002 sur l'adoption et les enfants.

⁷³ Voir à présent la Loi de 2007 sur l'adoption et les enfants (Écosse).

⁷⁴ En Angleterre et au Pays de Galles et en Écosse, la demande n'est présentée que par le partenaire du parent; voir, respectivement, l'article 51-2 de la Loi anglaise de 2002 et l'article 30-3 de la Loi écossaise de 2007.

⁷⁵ En Hongrie et en Pologne, les vœux des parents peuvent être pris en considération au moment de la désignation d'un tuteur.

Grèce, la Hongrie, l'Italie et la Pologne, la responsabilité parentale peut être *transférée* soit aux grands-parents ou à des parents d'accueil, soit aux tuteurs. Certains pays, comme la France, la Grèce et la Suède, prévoient, selon la situation, soit un exercice limité de la responsabilité par des tiers, soit un transfert de cette responsabilité à ces personnes.

En revanche, en Angleterre et aux Pays de Galles, et en Finlande, l'acquisition par un tiers de la responsabilité parentale vient, au moins en principe⁷⁶, s'ajouter, non se substituer, à la responsabilité parentale existante, et elle a un champ d'action plus vaste.

Un statut plus limité est conféré aux tiers en Norvège, pays où ces personnes ne peuvent obtenir la responsabilité parentale que lorsque les parents sont décédés. En Russie et en Suisse, cette responsabilité ne peut être transférée que par adoption.

c. Le statut de l'enfant

i. Questions de statut

Dans l'immense majorité des pays enquêtés, le statut de l'enfant (c'est-à-dire le fait d'être légitime ou illégitime) n'est pas affecté par la situation matrimoniale de son parent. Toutefois, cela est exprimé de manières différentes selon les pays. Dans les États baltes, la Géorgie, la Russie et l'Ukraine, la notion d'illégitimité n'existe pas, tandis qu'en France et en Écosse, elle a été récemment supprimée⁷⁷. À Monaco, aux Pays-Bas, en Roumanie et en Suède, également, la loi ne fait pas de distinction entre enfants légitimes et illégitimes. Beaucoup d'états prévoient une égalité de statut (Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Serbie et Slovaquie, par exemple). D'autres, comme l'Allemagne et l'Espagne, interdisent expressément la pratique de la discrimination à l'égard d'enfants nés de parents non-mariés.⁷⁸

Certains états, toutefois, maintiennent une distinction entre enfants légitimes et enfants illégitimes (c'est notamment le cas de l'Autriche, de l'Angleterre et du Pays de Galles, de la Grèce et de l'Italie). Dans chacun de ces États, (1) les enfants sont légitimés par le mariage ultérieur de leurs parents, et (2) les conséquences de cette différence de statut sont minimales (voir plus loin)⁷⁹. Il convient d'ajouter qu'en dépit de l'égalité de traitement dont bénéficient les enfants, il existe souvent d'importantes différences en ce qui concerne

- l'établissement de la parentalité (voir section (a)) plus haut (et l'on notera que dans le cas de la Bulgarie, par exemple, la nécessité d'une reconnaissance de paternité par le père célibataire n'est pas modifiée par un mariage ultérieur avec la mère), et

⁷⁶ En pratique, en Angleterre et au Pays de Galles, en tout cas, les responsabilités quotidiennes appartiennent au dispensateur de soins.

⁷⁷ Voir, respectivement, l'ordonnance du 5 juillet 2005 et la Loi de 2006 sur la famille (Écosse), article 21. À noter également qu'à Malte, la Loi XVIII de 2004 a modifié la législation pour éliminer toute distinction entre enfants nés dans le mariage et hors mariage.

⁷⁸ En Allemagne par l'article 6-5 de la Loi fondamentale et en Espagne par l'article 3 de la Loi organique 1/1996 du 15 janvier.

⁷⁹ En Italie, bien que la distinction reste, l'article 30 de la Constitution Italienne garantit le traitement égal des enfants malgré les circonstances de leur naissance. L'Allemagne maintient elle aussi les concepts de légitimité et d'illégitimité, mais interdit toute discrimination sur cette base.

- la question de savoir si les parents ont la garde conjointe (lorsqu'ils sont mariés) ou assurent seuls la charge de leurs enfants s'ils sont célibataires (comme c'est le cas au Danemark et en Suède).

On constate également que même dans les États qui autorisent les couples hétérosexuels à conclure un partenariat enregistré, cela ne confère pas en soi la garde conjointe (voir la situation aux Pays-Bas). En revanche, dans certains États (comme en Allemagne, où les partenariats sont réservés aux couples de même sexe), le fait de conclure un partenariat autorise bien le partenaire à adopter l'enfant.

ii. Droits spécifiques

HÉRITAGE

On constate une remarquable uniformité d'un État membre enquêté à l'autre en ce qui concerne le droit des enfants d'hériter des biens de leurs parents. À une exception près, aucun des pays enquêtés n'établit de distinction entre le droit d'hériter des enfants selon qu'ils sont nés de parents mariés ou de parents célibataires.⁸⁰ Certes, les pays ont adopté cette position à des moments différents.⁸¹ La seule exception est Malte, où un enfant né hors mariage ne reçoit que les trois quarts de la part à laquelle il aurait eu droit, notamment s'il existe d'autres enfants survivants de la personne décédée nés dans le mariage⁸².

Aucun des pays enquêtés ne fait d'exception en ce qui concerne l'enfant dit adultérin (à savoir l'enfant né hors mariage d'un parent marié à une autre personne). Une telle distinction était naguère faite en France, mais à la suite de l'arrêt rendu par la CrEDH dans l'affaire *Mazurek c. France*⁸³, selon lequel cette distinction contrevenait à l'article premier du Protocole n°1 de la CEDH rapproché de l'article 14 de la Convention, la disposition litigieuse, à savoir l'art. 760 du Code civil français, a été abrogée.

De même, les États enquêtés s'accordent généralement à ne pas reconnaître à un enfant le droit d'hériter :

- a. d'un beau-parent (à savoir le/la conjoint(e) ou le/la partenaire civil(e) du parent) ni
- b. d'un tuteur.

Les seules exceptions parmi les pays enquêtés sont la Russie, qui accorde un droit d'hériter si le beau- parent n'a pas de parents pouvant hériter de lui (dans l'un quelconque des six rangs d'héritiers reconnus dans ce pays) et la Slovaquie, où, comme en Russie, le droit d'hériter est opposable à un beau- parent s'il ou si elle n'a pas d'enfants biologiques ou adoptés et vit avec

⁸⁰ Aux Pays-Bas, toutefois, le droit d'hériter découle de « parents légaux », c'est-à-dire, dans le cas des pères célibataires, ceux qui ont reconnu la paternité ou l'ont fait établir par un tribunal. Un enfant ne dispose pas du droit d'hériter d'un « simple père biologique ». En Angleterre et au Pays de Galles, un enfant ne peut toujours pas hériter d'un titre honorifique, encore que cela s'explique par des raisons historiques techniques (à savoir, le texte des lettres patentes figurant sous le Grand Sceau), et ne saurait être attribué à une politique tendant à maintenir cette distinction.

⁸¹ En fait, en Espagne, si une demande concerne les biens d'un parent décédé avant la Loi de 1978 sur la Constitution espagnole, une distinction continue d'être faite entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes.

⁸² Chapitre 16, article 815, Lois de Malte.

⁸³ Requête 34406/97 (2000).

l'enfant depuis au moins un an⁸⁴. La Slovaquie applique une règle analogue dans le cas des tuteurs. Les Pays-Bas et la Russie prévoient un droit d'hériter d'un tuteur⁸⁵.

En ce qui concerne les enfants conçus grâce à l'utilisation posthume du sperme d'un homme, les pays considèrent tous, à l'exception de la Grèce⁸⁶, qu'il ne peut y avoir de droit d'hériter (encore que cela ne soit expressément stipulé que dans le cas de l'Angleterre et du Pays de Galles)⁸⁷, bien que certains universitaires en aient relevé la possibilité en droit autrichien⁸⁸.

Dans l'immense majorité des pays enquêtés, l'enfant n'a pas de droit d'hériter opposable à un dispensateur principal de soins avec lequel il n'a pas de lien de parenté. Les exceptions sont la Russie et la Slovaquie, où le droit d'hériter est le même que dans le cas d'un beau-parent (voir plus haut).

ENTRETIEN

Les pays enquêtés prévoient tous l'obligation pour les deux parents, quelle que soit leur situation matrimoniale, de pourvoir à l'entretien de leur enfant⁸⁹. Aux Pays-Bas, un partenaire enregistré peut aussi être tenu de pourvoir à l'entretien de l'enfant, tandis qu'en Belgique il peut l'être, jusqu'à un certain point, après le décès du parent. Dans certains pays (comme en Bulgarie et en Angleterre et au Pays de Galles), les enfants sont expressément autorisés à engager une procédure judiciaire pour obliger un parent à pourvoir à leur entretien, au moins une fois qu'ils ont atteint l'âge de 18 ans.

Les beaux-parents ne sont le plus souvent pas tenus d'entretenir l'enfant (c'est la situation dans 14 des pays enquêtés), encore que, dans certains pays (comme les Pays-Bas et la Serbie) ils le soient pendant la durée de leur mariage ou de leur partenariat enregistré avec le parent, tandis qu'en Belgique, si le beau-parent et le parent sont mariés selon le régime de la communauté, les dettes d'entretien à l'égard des enfants de l'un des conjoints sont des dettes communes. En revanche, en Angleterre et au Pays de Galles, les beaux-parents peuvent, au moment d'un divorce, être tenus d'entretenir l'enfant lorsque le beau-fils ou la belle-fille a été traité(e) comme un(e) enfant de la famille. En Bosnie-Herzégovine, le beau-fils ou la belle-fille se retrouve à la charge du beau-parent dès l'instant qu'au moment du décès, ce dernier et le beau-fils ou la belle-fille vivaient sous le même toit. En Géorgie, l'obligation d'entretien incombe au beau-parent si l'enfant lui a été confié et s'il n'a pas de parents biologiques ou si ses parents biologiques ne peuvent pas l'entretenir. À Monaco, un enfant peut revendiquer la créance alimentaire de la part de toute personne, y compris d'un beau-parent, chargée de conserver et de gérer les biens de l'enfant. En Suède, l'enfant peut se

⁸⁴ En outre, le beau-fils ou la belle-fille doit avoir été soit pris en charge par le beau-parent/ parent adoptif, soit à sa charge au cours de la même période.

⁸⁵ Dans le cas de la Russie, il existe une prescription supplémentaire : l'enfant doit avoir été entretenu par le tuteur pendant au moins un an avant sa mort.

⁸⁶ Voir article 1711, alinéa 2 du Code civil grec.

⁸⁷ Voir note plus haut.

⁸⁸ H. Koziol/R. Welsch, *Bürgerliches Recht*, vol 2, 13^e Edition, Wien: Manz Verlag, 2005, p. 455; C. Fisher-Czermak. « Das Erbrecht des Kindes nach artifizieller Insemination *Österreichische Notariatszeitung* », 1999, p. 267.

⁸⁹ Cela suppose que, dans le cas des pères célibataires, la paternité soit établie, soit par reconnaissance, soit par ordonnance judiciaire. Dans le cas du Danemark, l'obligation est techniquement liée à la question de savoir si les parents sont les titulaires de la garde de l'enfant – voir article 2-1 de la Loi danoise sur la responsabilité parentale.

retrouver à la charge du beau-parent, mais uniquement si ce dernier est marié au parent résident de l'enfant ou a un enfant à lui qu'il a eu avec ce parent, pour autant que le parent non résident ne puisse pas entretenir l'enfant⁹⁰.

Un tuteur est rarement tenu de pourvoir à l'entretien de l'enfant. Les seules exceptions sont la Hongrie, où il y est tenu s'il n'y a pas de parents ; Monaco, où les tuteurs peuvent devoir entretenir l'enfant sur la même base que les beaux-parents (voir plus haut), et les Pays-Bas, où les tuteurs conjoints (mais non les tuteurs individuels) peuvent y être tenus.

Dans un certain nombre de pays (à savoir la Bosnie-Herzégovine, l'Estonie, l'Allemagne, la Lettonie, la Lituanie, le Portugal, la Serbie et la Slovaquie), il incombe soit aux grands-parents, soit aux frères et sœurs majeurs d'entretenir l'enfant en cas d'absence ou d'incapacité des parents. En Hongrie, l'entretien de l'enfant incombe aux ascendants en ligne directe ou, à défaut, aux frères et sœurs majeurs s'il n'y a ni parents, ni tuteurs.

Aucun des pays enquêtés n'imposait cette obligation d'entretien à un dispensateur de soins n'ayant pas de lien de parenté avec l'enfant.

ASSISTANCE ET PROTECTION

Dans beaucoup de pays (Bosnie-Herzégovine, Estonie, Géorgie, Hongrie, Lettonie, Norvège, Roumanie, Serbie, Slovaquie et Ukraine, par exemple), il appartient aux deux parents, qu'ils soient mariés ou non, d'assurer assistance et protection à l'enfant. Dans d'autres, l'obligation d'assurer assistance et protection à l'enfant est un aspect de la responsabilité parentale, de l'autorité parentale ou de la garde de l'enfant ; elle incombe donc aux parents mariés, aux mères célibataires et aux pères célibataires qui ont obtenu cette autorité. Telle est en gros la situation en Bulgarie, au Danemark en Angleterre et au pays de Galles, en Finlande, en Allemagne, en Grèce, aux Pays-Bas et en Suède. Cette responsabilité ou autorité comporte le pouvoir de consentir au traitement médical de l'enfant⁹¹.

Les beaux-parents et les tuteurs n'ont généralement pas l'obligation d'assurer assistance et protection à l'enfant (encore que certains pays, comme la Bulgarie et l'Angleterre et le Pays de Galles) imposent à tous les dispensateurs de soins de ne pas léser ou délaisser un enfant à leur charge) et n'ont pas le pouvoir de consentir au traitement médical de l'enfant. Les exceptions sont l'Angleterre et le Pays de Galles et la Russie, qui imposent bel et bien aux tuteurs l'obligation d'assistance et de protection, ainsi que la Hongrie et le Portugal, qui le font s'il n'y a pas de parents. En Autriche, en Belgique, en Norvège et en Espagne, un tribunal peut rendre une ordonnance imposant une telle obligation à un beau-parent ou à un tuteur, tandis qu'en Angleterre et au pays de Galles et en Écosse, les beaux-parents sont tenus d'acquiescer la responsabilité parentale, ce qui les oblige à assurer assistance et protection à l'enfant et les autorise à consentir au traitement médical de l'enfant.

⁹⁰ Code suédois sur les parents et les enfants, ch. 7 § 5.

⁹¹ L'âge auquel les enfants peuvent eux-mêmes consentir à un traitement médical varie selon les pays.

ÉDUCATION ET INSTRUCTION RELIGIEUSE

La situation concernant l'éducation et l'instruction religieuse des enfants reproduit pour l'essentiel celle qui existe en matière d'assistance et de protection. En d'autres termes, l'obligation de faire en sorte que l'enfant reçoive une éducation incombe communément aux parents, qui peuvent, de même, décider de l'instruction religieuse à donner à leurs enfants. Telle est la situation dans les pays suivants : Autriche, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Grèce, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Roumanie, Russie, Serbie, Slovaquie, Espagne, et Ukraine, encore que cela ne figure pas toujours dans la législation des états d'Europe centrale et orientale, par exemple. Certains pays (Danemark, Finlande, Allemagne, Monaco, Pays-Bas et Suède) considèrent que ces obligations relèvent de la garde des enfants, de la responsabilité parentale ou de l'autorité parentale. En ce qui concerne l'éducation, cela est également vrai de la Norvège, mais ce pays a adopté une position différente sur l'instruction religieuse en ce sens qu'il n'appartient pas aux parents de décider de faire quitter l'Église de Norvège à leurs enfants. En Angleterre et au Pays de Galles, tous les dispensateurs de soins *de facto* sont tenus de veiller à ce que l'enfant reçoive une éducation appropriée et l'instruction religieuse est considérée comme un aspect de la responsabilité parentale.

DISCIPLINE

Une partie nécessaire de l'éducation des enfants est le pouvoir et le devoir de les superviser et, le cas échéant, de les discipliner. Pour l'essentiel, ce pouvoir général (qui n'est aucunement prévu par une loi ni même par la jurisprudence)⁹² est dévolu dans tous les États membres aux parents et est communément considéré soit comme une fonction de la parentalité, soit comme un aspect de la garde des enfants, de la responsabilité parentale ou de l'autorité parentale.

Dans la plupart des pays, toutefois, le pouvoir d'administrer des châtiments corporels est soit interdit, soit fortement limité. Au Danemark, par exemple, les titulaires de la garde d'un enfant sont investis du pouvoir de discipline « verbale », mais les châtiments corporels sont interdits. L'Autriche, la Finlande, l'Allemagne, la Grèce (où la violence entre membres d'une famille est interdite), la Hongrie, l'Italie, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal, la Suède et l'Ukraine interdisent de même expressément les châtiments corporels et parfois (comme dans le cas de la Suède) tout traitement humiliant qui serait infligé aux enfants. La Slovaquie autorise la mise en œuvre de mesures adéquates de discipline, mais les parents ne doivent pas porter atteinte à la dignité ou à la santé de l'enfant. En revanche, certains pays, comme la Bulgarie, autorisent les châtiments corporels raisonnables (mais pas à l'école), et la France. En Belgique, les parents peuvent recourir à une violence extrêmement modérée (encore qu'il soit proposé d'imposer une interdiction totale). En Russie, si les parents ont le droit de discipliner leurs enfants et si, en principe, les châtiments corporels sont effectivement interdits, dans la pratique, les enfants peuvent être giflés. La situation est à peu près la même en Angleterre et au Pays de Galles où, en dépit de la suppression de l'argument de défense des parents invoquant le châtiment raisonnable devant des accusations pénales plus graves, telles que les coups et blessures ou les coups et blessures graves, les parents conservent le droit de gifler leurs enfants.

⁹² Comme en Estonie, Géorgie, Lettonie, Lituanie et Serbie.

REPRÉSENTATION LEGALE

Dans tous les pays enquêtés, les parents⁹³ sont les représentants légaux de l'enfant et, le plus souvent, en cas de conflit d'intérêts ou de différend, lorsqu'il n'y a pas de parents ou, dans le cas de l'Estonie, lorsqu'ils ont été privés de leurs droits parentaux ou, en Lituanie, lorsqu'ils ont été déclarés juridiquement incapables, des tuteurs ou des personnes désignées par l'autorité compétente⁹⁴ font fonction de représentants légaux. Techniquement, en Finlande, les responsables légaux représentent les enfants dans les affaires économiques et les titulaires de la responsabilité parentale (ou tuteurs) les représentent dans les affaires personnelles, bien que, sauf si le tribunal en décide autrement, les titulaires de cette responsabilité soient également les responsables légaux.

L'Autriche s'est dotée de dispositions très élaborées qui habilent et obligent chaque parent à représenter l'enfant. Par exemple, en vertu de l'article 154-1 du Code civil autrichien, l'un des parents peut agir valablement même si l'autre est en désaccord avec lui, et lorsque leurs actions sont divergentes (s'agissant par exemple de faire inscrire un enfant sur leur passeport), le premier des deux à être intervenu prévaut⁹⁵.

Le pouvoir de représentation légale est en principe détenu sur les enfants mineurs ou non émancipés. Dans certains pays, les enfants mineurs peuvent se représenter eux-mêmes (c'est le cas, par exemple, en Roumanie lorsqu'ils atteignent l'âge de 16 ans) ou, comme en Angleterre et au Pays de Galles, lorsqu'ils en ont la capacité.

NATIONALITÉ

Dans un grand nombre des pays enquêtés (par exemple la Belgique, l'Angleterre et le Pays de Galles (et les autres parties du Royaume-Uni), la Hongrie, l'Italie, la Norvège, la Roumanie, la Slovaquie et l'Espagne), l'enfant obtient la nationalité soit de la mère, soit du père, quelle que soit leur situation matrimoniale. Dans certains États (par exemple en Bosnie-Herzégovine, Russie et Serbie), la nationalité de l'enfant soit découle du fait que les *deux* parents (quelle que soit leur situation matrimoniale) ont la nationalité de l'État considéré ou, si un seul des parents l'a, du fait que l'enfant est né dans l'État en question.

En Autriche, toutefois, on fait la distinction de ce point de vue entre les enfants nés de parents mariés et les enfants nés de parents célibataires⁹⁶. Dans le premier cas, l'enfant obtient la nationalité autrichienne si l'un ou l'autre de ses parents l'a au moment de la naissance de l'enfant, tandis qu'il ne peut l'obtenir que de la mère si elle est célibataire au moment de sa naissance⁹⁷.

⁹³ En Norvège, par exemple, le terme « parents » désigne les parents exerçant la responsabilité parentale. Au Danemark, il désigne les titulaires de la garde d'un enfant. En Angleterre et au Pays de Galles, tout titulaire de la responsabilité parentale peut probablement faire fonction de représentant légal de l'enfant.

⁹⁴ C'est-à-dire par un tribunal comme en Belgique, en Allemagne et aux Pays-Bas, par exemple. En Russie, c'est le Service des tutelles et des curatelles qui les désigne.

⁹⁵ Lorsque deux procédures judiciaires sont engagées simultanément, les deux sont sans effet.

⁹⁶ Voir, d'une façon générale, l'article 7 de la Loi autrichienne sur la nationalité.

⁹⁷ Une situation analogue existait naguère au Royaume-Uni, mais elle a été modifiée par la Loi de 2002 sur la nationalité, l'immigration et l'asile.

En Finlande et en Suède, l'enfant obtient la nationalité de la mère ou, si elle n'a pas la nationalité finlandaise ou suédoise, du père dès l'instant :

- a. qu'il a cette nationalité *et*
- b. s'il n'est pas marié avec la mère que l'enfant est né en Finlande ou en Suède, respectivement⁹⁸.

Aux Pays-Bas, la nationalité néerlandaise est obtenue de l'un ou l'autre parent légal, quelle que soit leur situation matrimoniale, mais s'il est célibataire, le père doit soit avoir reconnu sa paternité, soit l'avoir fait établir par un tribunal. Toutefois, dans le cas d'une reconnaissance après la naissance de l'enfant, la nationalité n'est obtenue par l'enfant que s'il a été élevé pendant une période ininterrompue de trois ans par les personnes reconnaissant la filiation⁹⁹.

À Monaco, la nationalité monégasque est obtenue par les enfants dont l'un ou l'autre des parents est monégasque, sauf dans le cas d'une mère qui, ayant obtenu la nationalité par mariage, divorce et a ensuite un enfant.

Tous les pays enquêtés se sont dotés de dispositions visant à éviter la situation d'apatridie de l'enfant et, en particulier, prévoyant le cas où l'enfant né dans l'État en question n'a pas de parents connus ou celui où les parents sont eux-mêmes apatrides. Certains pays (comme la Bosnie-Herzégovine) ont des dispositions visant à éviter l'apatridie d'enfants nés à l'étranger.

NOM¹⁰⁰

Il existe plusieurs différences entre les pays enquêtés, mais, comme on pouvait s'y attendre, ils s'accordent à reconnaître que le pouvoir et le devoir de donner un nom à l'enfant incombent principalement aux parents.

Quelques pays font une distinction expresse entre les enfants nés de parents mariés et ceux nés de parents célibataires. En Autriche, par exemple, l'enfant né dans le mariage prend le nom joint de ses parents mais, lorsqu'ils ont des noms différents, il prend le nom qu'ils ont indiqué à l'officier de l'état civil avant le mariage ou au moment du mariage ou, en l'absence d'accord, le nom du père. En revanche, l'enfant né de parents célibataires prend le nom de la mère, mais il peut changer de nom lorsqu'il est légitimé par le mariage ultérieur de ses parents¹⁰¹. En Bulgarie, la législation¹⁰² dispose qu'un enfant né de parents mariés prend le nom du père, mais celui de la mère si ses parents sont célibataires. Une situation analogue existe en

⁹⁸ Voir, par exemple, l'article 9 de la Loi Finnoise sur la nationalité (359/2003) et la Loi sur la nationalité suédoise (2001 : 82), article 1, respectivement. Mais il convient de noter qu'en vertu de l'article 4, la nationalité peut également être obtenue du père qui épouse ultérieurement la mère à condition que l'enfant ait moins de 18 ans et soit célibataire.

⁹⁹ Art. 6c de la Loi sur la nationalité néerlandaise.

¹⁰⁰ L'analyse qui suit est axée sur les noms de famille, mais certains pays (comme la Géorgie, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Serbie et l'Espagne) traitent expressément des prénoms.

¹⁰¹ Voir, les articles 139, 165 et 162a, respectivement, du Code civil autrichien.

¹⁰² Loi de 1999 sur l'enregistrement des actes d'état civil, art 13. En Italie, l'enfant prend le nom du père s'il/ elle est né(e) dans le mariage et si il/ elle est né(e) hors mariage, pourvu que le père l'ait reconnu.

Angleterre et au Pays de Galles, mais c'est le résultat d'une tradition plutôt que d'une prescription d'ordre législatif, et rien n'oblige de suivre la position conventionnelle. En outre, il est encore plus facile qu'en Bulgarie de changer de nom de famille. La Grèce, elle aussi, fait une distinction¹⁰³ entre les enfants nés dans le mariage ou hors mariage. Dans le premier cas, les enfants prennent le nom que les parents ont déclaré avant le mariage (qui peut être celui de l'un ou de l'autre parent ou un nom combinant les deux), mais, en l'absence d'une déclaration, les enfants portent le nom du père ; le changement de nom est toutefois possible, notamment au moment du mariage ultérieur des parents. Aux Pays-Bas, les partenaires mariés ou enregistrés sont conjointement habilités à donner un nom à leur enfant. Ils peuvent choisir le nom de la mère ou celui du père (mais non un nom à rallonge combinant leurs deux noms) ; toutefois, en l'absence d'un accord, l'enfant prend le nom du père. En revanche, lorsque les parents ne sont pas mariés, l'enfant prend le nom de la mère ; cependant, lorsque le père a reconnu l'enfant avant ou après la naissance, les parents peuvent choisir le nom de la mère ou celui du père, mais, en l'absence d'un accord, l'enfant prend le nom de la mère.

Certains pays font une distinction entre les cas où la paternité légale est établie avant la naissance de l'enfant et ceux où elle l'est après sa naissance. En Belgique, par exemple, lorsque la parenté légale de la mère et du père est établie avant la naissance de l'enfant, ce dernier prend le nom du père, mais dans le cas contraire, il prend le nom de la mère¹⁰⁴. En Lettonie¹⁰⁵, dans le cas d'enfants nés de parents mariés ou lorsque la paternité a été établie au moment de l'enregistrement, l'enfant prend le nom de ses parents ou, lorsqu'ils portent des noms différents, le nom qu'ils ont choisi de donner à l'enfant, mais celui de la mère lorsque la paternité n'a pas été établie. De la même façon, en Allemagne¹⁰⁶, les enfants prennent le nom de leurs parents, mais lorsque ceux-ci ont des noms différents, une distinction est faite entre les parents qui exercent conjointement l'autorité parentale et les autres. Dans le premier cas, ils peuvent choisir ensemble (au moyen d'une déclaration devant l'officier de l'état civil) de donner à leur enfant le nom de la mère ou celui du père, les noms à rallonge combinant les noms des deux parents n'étant pas permis. S'ils ne parviennent pas à s'entendre sur le nom à donner à leur enfant, le tribunal de la famille peut habiliter l'un d'eux à le faire. Lorsqu'un seul parent est investi de l'autorité parentale (il s'agit communément de la mère), l'enfant prend le nom de cette personne, à moins que celle-ci ne présente une déclaration dans laquelle elle choisit de donner à l'enfant le nom de l'autre parent.

Certains pays, tels que la Géorgie, la Lettonie et la Lituanie, prévoient simplement que le nom de l'enfant doit être déterminé en fonction du nom des parents. La Finlande prévoit également que l'enfant reçoit le nom de ses parents, mais si ceux-ci ont des noms différents, il porte le nom choisi de façon concertée par ses parents ; à défaut, il prend le nom de sa mère. En Suède, les enfants portent ou bien le nom de leurs parents, ou bien, lorsque ceux-ci ont des noms différents, le nom du frère ou de la sœur aîné(e) le plus jeune des mêmes parents. Dans d'autres cas, les parents peuvent choisir le nom de l'un ou de l'autre à condition de le faire

¹⁰³ Voir les articles 1505 et 1506 du Code civil grec.

¹⁰⁴ Voir l'article 335 du Code civil belge. Il est à noter que les parents peuvent déclarer que l'enfant portera le nom du père.

¹⁰⁵ Voir les articles 151 et 160 du Code civil letton de 1990.

¹⁰⁶ Voir les articles 1616-1617 du BGB.

porter au registre de la population dans les trois mois qui suivent la naissance de l'enfant. En l'absence d'une notification de ce genre, l'enfant prend le nom de la mère¹⁰⁷.

En Russie et en Slovaquie, les dispositions sont moins directives : les enfants prennent le nom de leurs parents ou, lorsque ceux-ci portent des noms différents, l'un des deux noms sur la base d'un accord entre les parents et, en l'absence d'accord, le nom retenu par l'autorité compétente (le Service des tutelles et des curatelles en Russie, un tribunal en Slovaquie).

D'autres pays encore (comme la Bosnie-Herzégovine, le Danemark, la Hongrie et la Serbie) laissent aux parents (parents investis de la responsabilité parentale dans le cas du Danemark et de la Norvège) le choix du nom, mais prévoient que les désaccords doivent être réglés par une autorité compétente (l'autorité de tutelle en Bosnie-Herzégovine et en Serbie ; le bureau des tutelles en Hongrie). En France les parents peuvent choisir de donner à l'enfant soit le nom de la mère soit celui du père ou les deux (à n'importe quel ordre, mais il ne peuvent que donner chacun un seul nom). Si le choix n'a pas été fait, l'enfant prend le nom de son père. Les enfants subséquents auront le même nom que le premier né(e) frère ou sœur.

Certains pays (comme les Pays-Bas et la Serbie) prévoient expressément que des enfants communs ne peuvent pas porter des noms différents.

La plupart des pays autorisent un changement de nom ultérieur, par exemple à la suite du mariage ultérieur des parents, de la reconnaissance de l'enfant par le père ou des deux, ou à la suite d'une adoption, mais certains pays se sont dotés de dispositions plus restrictives que les autres.

LE DROIT DE L'ENFANT DE CONNAÎTRE SES PARENTS BIOLOGIQUES

Les lois des États membres concernant le droit des enfants de connaître leur origine génétique et à plus forte raison l'identité de leurs parents biologiques varient énormément. À un extrême, on trouve la Serbie, qui prévoit que, quel que soit leur âge, les enfants ont le droit de savoir qui sont leurs parents et habilite tout enfant de 15 ans compétent à accéder au registre des naissances et aux autres documents relatifs à son origine¹⁰⁸, et la Suède, qui donne aux enfants parvenus à un degré de maturité suffisant le droit de connaître leur origine génétique¹⁰⁹. Aux Pays-Bas, la Cour suprême a jugé¹¹⁰ que les droits généraux de la personne incluent celui de connaître l'identité de ses parents et que ce droit est protégé en droit néerlandais au point de primer sur le droit de la mère au respect de la vie privée. En Allemagne, toutefois, où le droit de connaître ses parents biologiques peut également découler des droits généraux de la personne conférés par la Loi fondamentale¹¹¹, la Cour Constitutionnelle Fédérale a adopté une approche plus prudente, en décidant¹¹² que le droit de l'enfant d'être informé par sa mère de l'identité du père doit être mis en balance avec les droits de la personne exercés par la mère.

¹⁰⁷ Loi suédoise sur les noms (1982 : 670), § 1 par. 3.

¹⁰⁸ Voir l'article 59 de la Loi sur la famille.

¹⁰⁹ Loi sur l'intégrité génétique (2006 : 351) Ch 6 § 5 et Ch 7 § 7. On notera également que le Code civil lituanien de 2000, article 3.161(3) stipule qu'un enfant a le droit de connaître ses parents, à moins que cela ne soit préjudiciable à ses intérêts ou que la loi n'en dispose autrement.

¹¹⁰ HR 15 Ap 1994 NJ 1994 608.

¹¹¹ C'est-à-dire découler de l'article 2, par. 1, en combinaison avec l'article 1.

¹¹² I BVR Neue Juristische Wochenschrift (NJW 1997) p 1769.

À l'autre extrême, on trouve la Russie, qui ne reconnaît pas le droit des enfants de connaître leur origine génétique. De fait, l'article 139 du Code russe de la famille interdit expressément aux juges, aux représentants de l'État et aux particuliers de violer le secret de l'adoption contre la volonté des parents adoptifs. Qui plus est, les adoptants ne sont pas tenus d'informer l'enfant sur son origine ni encouragés à le faire.¹¹³ Par ailleurs, même si elle n'est pas spécifiquement réglementée, une position analogue existe dans la pratique en ce qui concerne les enfants conçus dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. En tout état de cause, l'identité du donneur de sperme ne peut pas être révélée. En France, également, loin de promouvoir le droit de l'enfant de connaître l'identité de ses parents, la loi permet encore aux mères¹¹⁴ de donner naissance de façon anonyme, encore qu'elles doivent être informées de l'importance qu'il y a à ce que les enfants connaissent leur identité et de leur droit à la révéler ultérieurement¹¹⁵. L'identité de la mère ne peut être révélée que si elle change d'avis¹¹⁶. Dans *Odievre c. France*¹¹⁷, la CrEDH a jugé que cette pratique ne viole pas l'article 8, en partie du fait du droit de la mère au respect de sa vie privée et en partie du fait que cette pratique relève de la marge d'appréciation de l'État, notamment parce que la requérante avait eu accès à des informations ne facilitant pas l'identification de sa mère et de sa famille.

La législation de beaucoup d'autres États occupe une position en quelque sorte intermédiaire entre ces deux extrêmes. De fait, il est plus fréquent qu'elle traite spécifiquement des questions d'identité dans le cadre de l'adoption et/ou de la procréation médicalement assistée que dans une optique plus générale.

En ce qui concerne l'adoption, les États (voir, par exemple, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, le Danemark, l'Angleterre et le Pays de Galles, la Finlande, la Grèce, Malte, les Pays-Bas, la Slovaquie et l'Espagne,) autorisent le plus souvent les enfants adoptés à obtenir des informations sur leurs parents biologiques une fois qu'ils ont atteint leur majorité. L'Allemagne adopte une position légèrement plus prudente dans la mesure où l'article 1758 du BGB dispose que la divulgation de faits de nature à révéler l'adoption d'un enfant requiert en principe le consentement des adoptants. Toutefois, l'article 62 de la Loi sur l'état civil autorise les enfants âgés d'au moins 16 ans à demander au bureau de l'état civil de leur délivrer un certificat d'état civil et de leur donner accès à leur dossier. Mais, comme on l'a déjà indiqué, à la différence de cette position ouverte, la Russie maintient le secret général au sujet de l'adoption, position qui est également celle de la Roumanie et de quelques autres États de l'Europe Centrale et Orientale.

S'agissant des enfants conçus dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, s'il est courant de préserver l'anonymat du donneur de sperme (comme en Autriche, en Bulgarie, en Grèce, en Hongrie, en Russie et, sauf dans certains cas exceptionnels, en Espagne ; il en va autrement au Danemark, en Angleterre et au Pays de Galles, en Finlande, aux Pays-Bas et en Suède), un certain nombre de pays (comme l'Autriche, l'Angleterre et le Pays de Galles, la

¹¹³ En Roumanie, la loi garantit la confidentialité des données identifiant l'enfant adopté ou, si approprié, la famille adoptive, ou même l'identité des parents physiques : Loi 273/2004, Article 2.

¹¹⁴ Article 316 du Code civil. L'Italie a adopté une position analogue.

¹¹⁵ Article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles.

¹¹⁶ Voir article L 147-6.

¹¹⁷ Requête n° 42326/98, [2003] 1 FCR 621.

Finlande, la Grèce, la Norvège, la Suède et l'Espagne,) prévoient que les enfants peuvent obtenir des renseignements (d'une importance qui varie selon les pays) sur leur origine. Certains pays, comme l'Espagne, limitent strictement à des raisons médicales la possibilité d'accès à ces renseignements, tandis que d'autres États fixent des conditions d'âge pour y accéder : 12 ans dans le cas des Pays-Bas¹¹⁸ ; 14 ans en Autriche, 18 ans en Angleterre et au Pays de Galles, en Finlande et en Norvège, et lorsque l'enfant a atteint un degré de maturité suffisant en Suède.

En ce qui concerne la divulgation de l'identité du père par une mère célibataire ou son refus de la divulguer, l'Autriche considère que celle-ci ne peut pas être obligée d'indiquer le nom du père¹¹⁹. Toutefois, l'enfant peut engager une procédure judiciaire en déclaration de paternité pour établir qu'une certaine personne est ou n'est pas son père (encore que, naturellement, cela suppose qu'un homme puisse être identifié). La position est la même en Allemagne. En Angleterre et au Pays de Galles, en sus de la possibilité d'engager une procédure en établissement de paternité, il est à présent acquis qu'il est possible d'ordonner à un parent de révéler la vérité au sujet de la filiation d'un enfant, à condition toutefois que cela corresponde à l'intérêt de l'enfant¹²⁰.

DROIT DE RESTER EN CONTACT

Tout en l'exprimant de diverses façons, les États membres enquêtés s'accordent à considérer que le maintien des contacts entre l'enfant et ses parents (en particulier les parents absents), quel que soit leur situation matrimoniale, revêt une importance fondamentale.

Dans beaucoup de pays, le maintien continu des contacts est un droit reconnu par la loi (c'est notamment le cas dans les pays suivants : Autriche, Belgique, France, Allemagne, Hongrie, Italie, Lituanie, Pays-Bas, Norvège, Russie, Slovaquie, Espagne et Suède). Dans d'autres pays, ce droit est reconnu par la loi au parent (comme en Bosnie-Herzégovine, au Danemark, en Estonie et en Grèce)¹²¹. D'autres encore, notamment la Bulgarie et l'Angleterre et le Pays de Galles, ne se sont pas dotés de dispositions législatives énonçant des droits, mais, dans la pratique, leur système juridique est axé sur le maintien des contacts entre l'enfant et les parents et requiert, avant de dénier le droit de rester en contact, la présentation de preuves convaincantes d'un préjudice causé à l'enfant qui feraient plus que contrebalancer la nécessité pour celui-ci d'avoir une relation durable avec ses deux parents.

Certains États considèrent comme une *obligation* pour le parent : a) de ne pas empêcher les contacts entre l'enfant et l'autre parent (comme en Estonie et en Grèce) ; et b) de rendre visite à l'enfant (comme en Bosnie-Herzégovine, en France, en Allemagne et au Portugal), encore que peu d'entre eux soient prêts à imposer des sanctions contre un parent qui refuse de rendre visite à son enfant. Cette position connaît deux exceptions notables : le Portugal,

¹¹⁸ Mais uniquement des informations ne facilitant pas l'identification. Des informations facilitant l'identification peuvent être données à des enfants de 16 ans, à condition que le donneur y consente, mais ce dernier ne peut refuser de communiquer des informations que s'il prouve que c'est dans son intérêt.

¹¹⁹ Article 163a du Code civil autrichien.

¹²⁰ Voir, respectivement, *Re F (Paternity: Jurisdiction)* [2007] EWCA Civ 873, [2008] 1 FLR 225 et *Re J (Paternity: Welfare of Child)* [2006] EWHC 2837 (Fam), [2007] 1 FLR 1064.

¹²¹ Aux Pays-Bas, où une distinction est faite entre les parents selon qu'ils sont ou ne sont pas investis de la responsabilité parentale (voir également plus loin). L'art 1:277(a) et (b) du Code civil néerlandais dispose que dans ce dernier cas, le *parent* a le droit de maintenir des relations personnelles avec l'enfant.

où les parents peuvent être condamnés à une amende s'ils refusent de rendre visite à leurs enfants, et la France, où une procédure peut être engagée pour acte délictueux¹²².

Aucun des pays enquêtés n'établit, du point de vue du droit de rester en contact, de distinction fondée sur la situation matrimoniale des parents, bien que la Belgique et les Pays-Bas distinguent dans une certaine mesure les parents selon qu'ils sont investis ou non de la responsabilité parentale¹²³. Dans tous les pays, en cas de différend, les questions relatives aux contacts peuvent être tranchées par un tribunal sur la base du bien-être de l'enfant.

Quelques pays prévoient expressément un droit de contact entre l'enfant et ses grands-parents. Il s'agit parfois d'un droit de l'enfant (comme en Belgique, en France et en Russie) ou d'un droit des grands-parents (comme en Allemagne et en Autriche), bien que dans ces cas, le droit de rester en contact doive être conféré conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un certain nombre d'autres pays, les grands-parents peuvent faire valoir leur droit de contact devant un tribunal (c'est le cas en Bosnie-Herzégovine, en Bulgarie, en Angleterre et au Pays de Galles, en Hongrie, aux Pays-Bas, en Norvège et en Suède)¹²⁴. Le plus souvent, le droit de contact est octroyé, à moins que ce contact ne soit préjudiciable à l'enfant, mais cet octroi n'a rien d'automatique : il incombe aux grands-parents de satisfaire au critère de bien-être.

Le Danemark limite le droit des grands-parents de rester en contact aux situations dans lesquelles l'un des parents ou les deux sont décédés, tandis qu'en Finlande, le tribunal n'a pas compétence pour statuer sur le droit de visite des enfants en dehors de celui qui est accordé aux parents.

Dans certains pays, les frères et sœurs et les autres principaux dispensateurs de soins sont autorisés à revendiquer auprès des tribunaux leur droit de rester en contact (comme par exemple dans les pays suivants : Autriche, Belgique, Bulgarie, Angleterre et Pays de Galles, Allemagne, Pays-Bas, Russie et Suède)¹²⁵, mais ce n'est pas le cas en Finlande, au Danemark, en Norvège et en Slovaquie, ils ne peuvent le faire que si l'un des parents ou les deux sont décédés. Dans ces cas, il n'existe communément aucun droit ni même aucun automatisme concernant l'octroi du droit de rester en contact : il doit être démontré que ce droit correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant (c'est ce qui se passe, par exemple, en Belgique, en Bulgarie, en Angleterre et au Pays de Galles, aux Pays-Bas, en Russie et en Suède). En Autriche, le droit de rester en contact peut être octroyé à des tiers si la perte de contact était préjudiciable pour l'enfant¹²⁶. En Allemagne, les frères et sœurs et les personnes

¹²² Voir également le cas de la Bosnie-Herzégovine, où la Loi sur la famille impose au parent l'obligation de rendre visite à l'enfant. En Angleterre et au Pays de Galles, l'imposition d'une telle obligation a été expressément rejetée par le Gouvernement dans le cadre des discussions ayant abouti à la Loi de 2006 sur les enfants et l'adoption.

¹²³ En Belgique, un parent déchu de la responsabilité parentale doit prouver que le maintien des contacts correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant. Aux Pays-Bas, le Code civil (article 1.277a et b) stipule qu'un parent investi de la responsabilité parentale a le droit de rester en contact, tandis qu'aucune disposition de ce genre n'est prévue pour les personnes qui sont investies d'une responsabilité, puisque celle-ci présuppose un contact direct.

¹²⁴ Encore que ce droit soit strictement limité : seul le Comité de protection sociale peut présenter une requête.

¹²⁵ Mais en Suède, ce droit est limité car seul le Comité de protection sociale peut présenter une requête.

¹²⁶ Voir l'article 148(3) du Code civil autrichien.

effectivement responsables de l'enfant ont le droit de rester en contact avec lui si cela correspond à son intérêt supérieur¹²⁷.

VI. UNE ÉVALUATION DE LA SITUATION ACTUELLE AU REGARD, EN PARTICULIER, DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES

La présente section se propose d'examiner les constatations énoncées dans la section précédente, d'abord en mettant en relief les analogies et les différences entre États membres et, ensuite, en replaçant ces constatations dans le contexte des obligations internationales existantes, notamment en tant qu'elles sont appliquées par la CrEDH.

a. Filiation juridique

i. Mères

Le fait que les États membres enquêtés soient unanimes à considérer la femme qui donne naissance à un enfant comme la mère légale, quel que soit sa situation matrimoniale, est essentiellement conforme à l'article 2 de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, de 1975 (« la Convention de 1975 »), à savoir que « la filiation maternelle de tout enfant né hors mariage est établie du seul fait de la naissance de l'enfant. » Par ailleurs, le fait qu'elle soit communément considérée comme la mère légale indépendamment de tout lien génétique avec l'enfant va au-delà de la Convention de 1975 (mais non de ce que prévoyait le Principe n° 1 du Livre blanc, selon lequel la « femme qui donne naissance à l'enfant est considérée comme la mère ») et, vu que les États ne réglementent pas tous, tant s'en faut, le traitement en rapport avec la procréation médicalement assistée (on rapprochera en particulier l'absence générale de législation dans les États baltes, en Géorgie et en Ukraine de l'existence d'une législation détaillée en Angleterre et au Pays de Galles), n'apparaît pas toujours clairement dans tous les États membres. On est donc amené à se demander s'il ne conviendrait pas de traiter expressément de la question du lien génétique dans tout nouvel instrument international.

ii. Pères

La Convention de 1975 ne contient aucune disposition sur le statut des enfants nés *dans* le mariage (bien que la question soit abordée par le principe n° 3 du Livre blanc sur le lien de filiation), ce qui amène là encore à se demander s'il ne faudrait pas en insérer une dans un nouvel instrument. En fait, les États membres enquêtés sont unanimes à considérer le mari de la mère comme le père légal. Les seuls points de divergence à cet égard concernent l'application de la présomption selon laquelle le mari est séparé de sa femme ou a divorcé au moment de la naissance de l'enfant ou il décède avant cette naissance. Certains États, comme le Danemark et la Norvège (ainsi qu'ils seraient libres de le faire en vertu du principe n° 3-2 du Livre blanc), n'appliquent pas la présomption si le mari est séparé de sa femme au moment de la naissance de l'enfant. Pour la plupart des pays, la présomption maritale de paternité s'étend au-delà du décès de l'homme lorsque l'enfant naît dans les limites de la

¹²⁷ Voir articles 1685, par. 1, 1685, par. 3 et 1684, par. 2.4 du BGB. Sous réserve de la prescription selon laquelle seul le Comité de protection sociale peut présenter une requête en ce sens, la situation est la même en Suède.

période de gestation, encore que cette période soit exprimée de différentes façons selon les pays, et certains appliquent une règle analogue lorsque le mariage se termine par un divorce. La Finlande est le seul des pays enquêtés à appliquer la présomption maritale aux cas des seconds mariages, quelle que soit la durée de l'intervalle qui les sépare d'un premier mariage.

De même, les États membres adoptent la même position (sans nécessairement l'exprimer de la même manière) en ce qui concerne l'établissement de la paternité d'un enfant né d'une mère célibataire, dans la mesure où l'homme qui a reconnu sa paternité ou l'a fait établir dans le cadre d'une procédure judiciaire est considéré comme le père légal. Cela est conforme à l'article 3 de la Convention de 1975, qui stipule ce qui suit :

« La filiation paternelle de tout enfant né hors mariage peut être constatée ou établie par reconnaissance ou par décision juridictionnelle. »

La reconnaissance de paternité nécessite souvent le consentement de la mère, mais ce n'est pas toujours le cas (voir la situation qui existe en Bulgarie, en Lituanie et en Ukraine). Une autre différence a trait au moment de cette reconnaissance : en principe, elle intervient après la naissance de l'enfant, mais l'Estonie, la Lituanie, la Norvège, la Russie et la Suède l'autorisent également pendant la grossesse.

La plupart des pays autorisent la contestation par voie de procédure juridique d'une paternité, mais certains, comme la Bulgarie et la Finlande, limitent ce droit, respectivement, en n'autorisant la mère à contester une paternité que dans les trois ans qui suivent la naissance de l'enfant ou en n'autorisant l'enfant à le faire que dans les trois ans qui suivent la date à laquelle il devient majeur ; et en interdisant de présenter une demande à cette fin en cas d'objection de la mère ou en cas d'objection de l'enfant s'il a au moins 15 ans. On peut se demander si ces dispositions des deux États pourraient résister à une action engagée pour violation des droits de l'homme au vu des arrêts de la CrEDH¹²⁸ selon lesquels toute limitation ou interdiction du droit d'établir ou de dénier un lien de filiation doit être proportionnée aux buts visés/recherchés et ne doit être ni arbitraire, ni discriminatoire. En dehors de son article 4, qui stipule que *« la reconnaissance volontaire de paternité ne peut faire l'objet d'une opposition ou d'une contestation, lorsque ces procédures sont prévues par la législation interne, que dans le cas où la personne qui veut reconnaître ou qui a reconnu l'enfant n'en est pas biologiquement le père »*, la Convention de 1975 ne donne aucune orientation en ce qui concerne les actions en contestation de paternité. Devrait-elle le faire ?

Pour ce qui est des enfants conçus à la suite d'un traitement lié à la procréation médicalement assistée, les États membres s'accordent largement à ne pas considérer les donneurs de sperme comme les pères légaux, tandis qu'ils considèrent comme tels les maris qui consentent à ce que leur épouse suivent ce traitement. De plus, bien que cela soit souvent passé sous silence, le cohabitant de sexe masculin qui consent à ce que sa partenaire suivent un tel traitement est également considéré comme le père légal. Là où il y a désaccord, c'est au sujet du statut des partenaires de même sexe. En fait, l'Espagne, la Suède et le Royaume-

¹²⁸ Voir par exemple *Shofman c. Russie* (requête n° 74826/01), [2006] 1 FLR 680 et *Mizzi c. Malte* (requête n° 26111/01), [2006] 1 FLR 1048.

Uni sont actuellement les seuls pays à avoir adopté des dispositions conférant la parenté légale aux partenaires de même sexe. Aucun de ces domaines n'est aujourd'hui réglementé au niveau international. Devraient-ils l'être ?

Une autre question qui ne relève pas pour l'instant du champ d'application des instruments internationaux est la situation créée par l'utilisation du sperme de l'homme après sa mort. Un certain nombre de pays interdisent cette pratique. En revanche, l'Angleterre et le Pays de Galles sont la seule juridiction qui reconnaisse la possibilité de considérer cet homme comme le père légal, quoique sans accorder de droit d'héritage. Une prise de position au niveau international s'impose-t-elle à ce sujet ?

b. Responsabilité parentale

i. Le statut des parents

Les États membres enquêtés confèrent tous une responsabilité parentale conjointe aux parents d'enfants nés dans le mariage¹²⁹ et la responsabilité parentale aux mères d'enfants nés hors mariage¹³⁰. Ils adoptent des positions différentes en ce qui concerne les pères célibataires. Dans 11 des pays enquêtés, une fois que la paternité a été établie, par reconnaissance ou par ordonnance judiciaire¹³¹, les deux parents célibataires sont investis d'une responsabilité parentale conjointe¹³². Mais dans 11 autres pays, l'établissement de la paternité n'est pas suffisant en soi pour conférer la responsabilité parentale. Dans ces cas, la responsabilité ne peut être obtenue par le père que s'il prend une mesure positive, par exemple en épousant la mère (ce qui, dans huit pays, lui confère automatiquement la responsabilité parentale), en passant un accord avec la mère ou en obtenant une ordonnance judiciaire. En Angleterre et au pays de Galles, où il est possible pour les pères célibataires d'obtenir la responsabilité parentale par l'une quelconque des méthodes susvisées, cette responsabilité est également conférée à l'homme qui se fait enregistrer sur l'acte de naissance de l'enfant en tant que son père¹³³.

La communauté de vues en ce qui concerne les parents mariés et les mères célibataires est conforme à la fois à l'exhortation générale contenue dans l'article 18 de la CDE : Les États parties « s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement » et à la prescription plus spécifique de la Recommandation sur les responsabilités parentales de 1984 du Conseil selon laquelle : a) « les responsabilités parentales appartiennent conjointement aux deux parents à l'égard de l'enfant de leur mariage » (principe n° 5) et b) lorsque « l'enfant est né hors mariage et qu'un lien juridique de filiation n'est établi qu'à l'égard d'un des parents, les responsabilités parentales appartiennent à celui-ci » (principe n° 7(1)).

¹²⁹ Une différence mineure existe au Danemark, où seule la mère est investie de la responsabilité parentale si les parents sont légalement séparés au moment de la naissance de l'enfant.

¹³⁰ En France et en Italie, la *maternité* doit être soit reconnue, soit établie par un tribunal.

¹³¹ En Pologne, l'établissement de la paternité par un tribunal ne confère *pas* une responsabilité parentale au père célibataire.

¹³² Encore que, dans les cas de la Hongrie et de l'Italie, il y ait une prescription supplémentaire : les parents doivent vivre ensemble au moment de la naissance de l'enfant.

¹³³ La situation est la même en Écosse, qui n'est pas incluse dans l'enquête de la CEFL.

Quant à la différence de point de vue sur les pères célibataires, elle correspond à une position nettement moins claire des instruments internationaux. L'article 18 de la CDE (susmentionné) ne fait pas de distinction entre les enfants nés dans le mariage et les enfants nés hors mariage, mais pourrait être interprété¹³⁴ comme impliquant que les deux parents célibataires doivent se voir conférer une responsabilité conjointe. Mais, d'un autre côté, le principe n° 7-2 de la Recommandation sur les responsabilités parentales donne manifestement toute latitude aux États membres pour prévoir que la responsabilité peut être exercée¹³⁵ soit par la mère seule ou le père seul, soit par les deux ensemble. En revanche, le Livre blanc du Conseil sur le lien de filiation¹³⁶ ('Livre blanc') dispose (principe n° 19-1) que « les responsabilités parentales doivent en principe appartenir conjointement aux deux parents », en faisant observer ce qui suit¹³⁷ :

« L'idée sous-jacente de ces principes consiste à faire en sorte que l'exercice conjoint de l'autorité parentale se fasse dans l'intérêt supérieur de l'enfant, que l'enfant soit né dans le mariage ou hors mariage. »

On peut donc se demander, nonobstant les divergences de vues manifestes entre les États membres, si le moment ne serait pas venu d'adopter la position prise par le Livre blanc.

ii. *Le statut des beaux-parents*

Les États membres enquêtés s'accordent à ne pas conférer automatiquement la responsabilité parentale à un beau-parent, qu'il soit marié au parent ou qu'il soit son partenaire enregistré ou son cohabitant. De plus, dans la majorité des pays, à moins d'adopter¹³⁸, les beaux-parents ne peuvent pas acquérir la responsabilité parentale.

Par rapport à cette situation générale, les législations allemande et suisse considèrent que les beaux-parents ont des responsabilités parentales limitées en ce qui concerne la vie quotidienne et, en Autriche, il est possible de transférer la responsabilité à un beau-parent. Le Danemark, l'Angleterre et le Pays de Galles, et l'Écosse ont mis en place un système plus souple et prévoient des mécanismes (accord ou ordonnance judiciaire) permettant aux beaux-parents d'acquérir la responsabilité parentale.

Le statut des beaux-parents n'est pas abordé de façon spécifique dans les instruments internationaux, encore qu'il soit implicitement reconnu, par exemple dans l'article 2-8 du Règlement de Bruxelles II révisé, que la responsabilité peut être détenue par des personnes autre que les parents, tandis que le principe 20(3) du Livre blanc est ainsi libellé :

« Dans les cas fixés par la loi, une personne autre qu'un parent peut, sur décision d'une autorité compétente, exercer une partie ou la totalité des responsabilités parentales en complément ou à la place des parents ».

¹³⁴ Voir les « Principes de droit européen de la famille concernant les responsabilités parentales » de la CEFL, op. cit. n. 12, 59.

¹³⁵ On notera ici la référence à l'exercice » de la responsabilité. Comme le fait remarquer le rapport d'évaluation, op. cit. n. 14, la Recommandation ne fait pas une distinction claire entre l'attribution et l'exercice de la responsabilité. La CEFL a fait la même observation, voir op. cit. n. 12, 59-60.

¹³⁶ Op. cit. n. 62.

¹³⁷ Par. 66.

¹³⁸ Ce qui en soi peut ne concerner que le partenaire marié des parents.

Y aurait-il lieu de traiter spécifiquement avec les beaux-parents, par exemple en autorisant la conclusion d'accords sur la responsabilité parentale avec le parent et/ou en habilitant un tribunal à rendre des ordonnances de responsabilités parentales en faveur d'un beau-parent ? Ou suffirait-il d'insérer une disposition générale dans le droit-fil du Livre blanc ? En tout état de cause, les États devraient-ils être autorisés (comme en République tchèque, en Italie, en Lituanie et au Portugal) à instaurer un embargo sur l'octroi aux couples de même sexe de la responsabilité parentale conjointe ?

iii. Le statut des personnes autres que les parents ou beaux-parents

Les États membres enquêtés ne s'accordent pas sur le statut des tiers auprès desquels l'enfant est placé, encore qu'ils soient très nombreux à considérer que les parents ne disposent pas du pouvoir autonome de transférer la responsabilité parentale à ces personnes (les seules exceptions à cela parmi les États enquêtés sont la Belgique, le Danemark et les Pays-Bas).

La Belgique et la Bulgarie habilitent les tribunaux à accorder à des tiers le droit d'exercer les responsabilités parentales, mais sans que ces responsabilités leur soient attribuées. Dans d'autres pays (comme la République tchèque, la France, l'Allemagne et la Suède), le placement d'un enfant auprès de parents d'accueil ne concerne la responsabilité parentale que pour ce qui est de la vie quotidienne. Dans d'autres pays encore (comme la Grèce, la Hongrie, l'Italie et la Pologne), la responsabilité parentale peut être transférée aux grands-parents ou aux tuteurs. En revanche, en Angleterre et au Pays de Galles, et en Finlande, l'acquisition de la responsabilité parentale par des tiers est non seulement autorisée par ordonnance judiciaire, mais, lorsqu'elle l'est, elle vient compléter, non remplacer, la responsabilité des parents.

Là encore, à l'exception de ce dont il a déjà été fait état à propos des beaux-parents, les instruments internationaux ne contiennent pas de directives claires s'agissant du statut qui devrait être accordé aux tiers auprès desquels les enfants sont placés. Néanmoins, le moment ne serait-il pas venu pour le Conseil de l'Europe de fournir ces directives ? Dans l'affirmative, devrait-il prescrire d'attribuer la responsabilité parentale à ces personnes ou les autoriser à exercer une responsabilité partielle ou intégrale ? Le pouvoir de conférer la responsabilité à des tiers devrait-il être réservé aux autorités compétentes ? Les grands-parents devraient-ils être traités d'une façon différente des autres dispensateurs de soins autres que les parents ?

c. Le statut de l'enfant

i. Questions liées au statut

Peu d'États accordent un statut différent aux enfants selon que leurs parents étaient mariés entre eux au moment de leur naissance ou ne l'étaient pas. Toutefois, il reste quelques pays (dont l'Autriche, l'Angleterre et le Pays de Galles, et la Grèce) qui continuent d'employer les mots « légitimes » et « illégitimes » pour désigner les enfants, encore que dans les pays mentionnés, l'enfant soit légitimé par le mariage ultérieur des parents (ce qui est conforme à l'article 10 de la Convention de 1975) et qu'en tout état de cause, les différences qui en découlent soient minimes.

La Convention de 1975 est muette sur la question, mais les dispositions anti-discrimination de la CDE et de la CEDH¹³⁹ s'appliquent manifestement, entre autres circonstances, à la discrimination fondée sur la naissance de l'enfant. Le concept de légitimité/illégitimité peut-il être compatible avec ces dispositions et la Convention de 1975 ou celle qui la remplacera devrait-elle traiter de cette question ?

ii. *Droits spécifiques*

HÉRITAGE

Conformément à l'article 9 de la Convention de 1975, et à deux exceptions près, l'Angleterre et le Pays de Galles, où, pour des raisons historiques et non en application d'une politique récente, un enfant né de parents célibataires ne peut pas hériter d'un titre honorifique), et Malte, (où un enfant né hors mariage n'a droit qu'aux trois quarts de sa part s'il y a d'autres enfants nés dans le mariage survivants), aucun des pays enquêtés ne fait de distinction, du point de vue du droit d'hériter, entre les enfants nés de parents mariés et ceux nés de parents célibataires. De plus, aucun des pays enquêtés n'accorde un statut différent aux enfants adultérins, la France ayant modifié sa position à la suite de l'arrêt rendu dans *Mazurek c. France*¹⁴⁰.

Là où les États membres divergent, c'est sur la question du droit d'hériter opposable à des tuteurs, des beaux-parents et d'autres dispensateurs de soins. Parmi les pays enquêtés, seuls les Pays-Bas, la Russie et la Slovaquie prévoient un droit d'héritage opposable aux tuteurs, et la Russie et la Slovaquie prévoient un droit d'héritage opposable aux beaux-parents et aux autres dispensateurs de soins, bien que ce droit soit limité dans les deux cas.

Ces différences amènent à se demander si la question mérite un examen plus approfondi et si elle devrait être traitée dans un instrument international. Une question analogue se pose en ce qui concerne l'utilisation posthume du sperme, encore que la Grèce semble être le seul pays à prévoir un droit d'hériter le père décédé.

ENTRETIEN

La constatation selon laquelle, dans tous les pays enquêtés, les parents, quel que soit leur situation matrimoniale, sont tenus d'entretenir leurs enfants est conforme à l'article 6-1 de la Convention de 1975, qui stipule ce qui suit :

« Les père et mère d'un enfant né hors mariage ont la même obligation d'entretien à l'égard de cet enfant que celle qui existe à l'égard de l'enfant né dans le mariage. »

Elle est également conforme au principe n° 26 du Livre blanc, selon lequel « dans tous les cas, les deux parents ont une obligation d'entretien à l'égard de l'enfant ».

¹³⁹ Voir, respectivement, l'article 2-1 et l'article 14, reproduits plus haut.

¹⁴⁰ (2006) 42 EHRR 9, dont il a été question plus haut.

Dans un certain nombre de pays (neuf des pays enquêtés), l'obligation peut également incomber aux grands-parents ou aux frères et sœurs majeurs, à tout le moins lorsque les parents sont absents ou ne peuvent pas pourvoir à l'entretien de leur enfant. En l'absence d'informations spécifiques, on ne peut pas dire si, conformément à l'article 6-2 de la Convention de 1975, cette obligation est imposée quel que soit la situation matrimoniale des parents, mais il semble découler implicitement des autres réponses au questionnaire de l'étude que c'est bien le cas.

L'obligation d'autres personnes, telles que les tuteurs et les beaux-parents, ne relève pas du champ d'application de la Convention de 1975, ce qui amène à se demander si cette obligation ne devrait pas être incorporée dans un nouvel instrument. En fait, les pays s'accordent largement à considérer que les tuteurs ne doivent pas avoir d'obligation d'entretien ; deux seulement des pays enquêtés prévoient cette obligation. Un nombre légèrement supérieur de pays (six) prévoient une obligation pour les beaux-parents, mais sur des bases différentes selon les pays considérés.

ASSISTANCE ET PROTECTION

La situation en ce qui concerne l'obligation d'assistance et de protection à l'égard de l'enfant reflète pour l'essentiel celle qui concerne l'obligation d'entretien, dans la mesure où l'obligation incombe souvent aux deux parents, quelle que soit leur situation matrimoniale, encore que, dans beaucoup de pays, le parent doit de surcroît être investi de la responsabilité parentale ou de l'autorité parentale ou être titulaire de la garde de l'enfant. L'obligation d'assistance et de protection englobe le pouvoir de consentir au traitement médical de l'enfant.

En revanche, quelques pays seulement (quatre des pays enquêtés) imposent une obligation similaire aux tuteurs, encore que dans quatre autres pays, les tribunaux soient habilités à la leur imposer. Dans ces quatre derniers pays, les beaux-parents peuvent également se la voir imposer.

Il s'agit là encore d'une question qui ne relève pas du champ d'application de la Convention de 1975. Devrait-elle être réglementée dans un nouvel instrument ?

ÉDUCATION ET INSTRUCTION RELIGIEUSE

Comme dans le cas de l'obligation d'assistance et de protection, l'obligation de fournir une éducation et une instruction religieuse incombe essentiellement aux parents, quelle que soit leur situation matrimoniale, à ceci près que dans certains pays, le parent doit de surcroît être investi de la responsabilité parentale ou de l'autorité parentale ou être titulaire de la garde de l'enfant. Cette position devrait-elle être exprimée dans un nouvel instrument international ?

DISCIPLINE

Les États enquêtés s'accordent à conférer un pouvoir général de supervision aux parents et à le considérer soit comme une fonction de la parentalité, soit comme un aspect de la garde, de la responsabilité parentale ou de l'autorité parentale. La question se pose toutefois de savoir si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure les châtiments corporels sont autorisés. Dans la majorité des pays enquêtés, ces châtiments sont interdits (encore que les restrictions prévues

soient libellées de différentes manières). Dans quelques pays, des châtiments corporels raisonnables sont soit autorisés, soit tolérés.

Bien que l'article 19 de la CDE enjoint aux États de prendre les mesures appropriées pour protéger l'enfant contre la violence, notamment pendant qu'il est sous la garde de ses parents, et le par. 12 de la Recommandation n° R (85) 4 sur la *Violence au sein de la famille* recommande aux États « *de revoir leur législation concernant le pouvoir de correction à l'égard des enfants dans le but de limiter, voire d'interdire les châtiments corporels ...* », mais ni l'un ni l'autre de ces instruments ni les arrêts de la CrEDH¹⁴¹ ne vont jusqu'à interdire complètement les châtiments corporels. Le moment ne serait-il toutefois pas venu pour que le Conseil de l'Europe adopte cette position ?

REPRÉSENTATION LEGALE

Les États membres enquêtés s'accordent à considérer que les représentants légaux de l'enfant sont essentiellement ses parents. La seule différence concerne l'âge auquel les enfants peuvent se représenter eux-mêmes dans les pays considérés.

Aux fins de la présente étude, la question qui se pose est celle de savoir s'il est justifié d'inclure la représentation légale dans un nouvel instrument.

NATIONALITÉ

Les réponses apportées au questionnaire de l'étude font apparaître un certain nombre de différences pour ce qui est de conférer la nationalité aux enfants. Conformément à la Résolution (77) 13, concernant la nationalité des enfants nés dans le mariage, et à l'article 6-1 (a) de la Convention européenne sur la nationalité (1997), un certain nombre de pays enquêtés (7) prévoient que la nationalité découle de l'un ou de l'autre parent quelle que soit leur situation matrimoniale, trois autres pays prévoyant qu'elle découle des deux parents quelle que soit leur situation matrimoniale, mais que lorsque seul l'un d'eux a la nationalité du pays considéré, l'enfant doit être né dans cet État.

Seule l'Autriche fait une nette distinction entre les enfants nés de parents mariés (auquel cas, la nationalité peut découler de l'un ou de l'autre parent) et ceux nés de parents célibataires (auquel cas la nationalité ne peut découler que de la mère), mais aux Pays-Bas, la nationalité ne peut découler d'un père célibataire, à condition que ce dernier a reconnu sa paternité ou l'a fait établir moyennant une procédure judiciaire et, lorsque la reconnaissance de paternité intervient après la naissance, que s'il a élevé l'enfant ou s'est occupé de lui pendant une période ininterrompue de trois ans.

Une autre variante existe en Finlande et en Suède, où la nationalité découle de la mère, mais lorsqu'elle est étrangère, découle du père à condition qu'il soit un ressortissant du pays considéré *et*, s'il n'est pas marié avec la mère, que l'enfant soit né dans le pays en question.

¹⁴¹ Comme ceux qu'elle a rendus dans *A c. Royaume-Uni (Droits de l'homme : Correction de l'enfant)* [1998] 2 FLR 958 et *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* (1996) 19 EHRR 293.

En dépit de ces différences, les États enquêtés se sont souvent¹⁴² dotés, conformément à l'article 7-2 de la CDE¹⁴³ et à l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'Etats (2006), de dispositions visant à empêcher les enfants relevant de leur juridiction de se trouver apatrides.

La nationalité est une question importante qui doit assurément être traitée par le Conseil de l'Europe, mais on peut se demander s'il existe un terrain d'entente suffisant pour le faire.

NOM

Le questionnaire de l'étude ne sollicitait pas de renseignements spécifiques à ce sujet, mais un certain nombre de pays enquêtés ont mentionné un système d'enregistrement des naissances et rien ne permet de supposer que l'un quelconque de ces pays ne se conforme pas à la prescription de l'article 7-1 de la CDE tendant à ce que l'enfant soit enregistré aussitôt sa naissance.

Les États s'accordent également à considérer que le pouvoir et l'obligation de donner un nom à l'enfant reviennent essentiellement aux parents. Mais au-delà, les dispositions varient beaucoup dans le détail. Cela étant, ils sont tous d'accord pour que l'enfant prenne le nom de ses deux parents mais, lorsque ceux-ci ont des noms différents, ils prévoient un certain nombre de mécanismes, reposant essentiellement sur l'accord des parents, pour déterminer celui que l'enfant doit porter. Certains pays prévoient une solution définie par défaut en cas de désaccord, tandis que d'autres chargent une autorité compétente de régler le différend. D'autres États encore prévoient un système nettement plus directif, dans lequel les enfants prennent le nom de leur père lorsque les parents sont mariés et celui de la mère s'ils ne le sont pas.

Deux des pays enquêtés (les Pays-Bas et la Serbie) prévoient que des enfants communs ne peuvent pas porter des noms différents. Les noms à rallonge font l'objet de règles différentes selon les pays. Certains, comme l'Allemagne et les Pays-Bas, les interdisent expressément.

Nonobstant les différences susvisées, les pays se conforment d'une façon générale au principe 27 du Livre blanc, selon lequel l'enfant doit avoir le droit d'acquérir un nom de famille à la naissance et les États peuvent utiliser des systèmes différents pour le choix du nom de famille dès l'instant qu'il n'en résulte aucune discrimination injustifiée à l'égard de l'un des parents.

La plupart des pays autorisent les changements de nom ultérieurs et prévoient les mécanismes correspondants.

Eu égard à la diversité des positions, on doit se demander si, sans répéter les dispositions de la CDE et celles du Livre blanc, un instrument européen n'aurait pas intérêt à traiter de la question du nom de l'enfant.

¹⁴² Tous les États n'ont pas répondu à cette question.

¹⁴³ On notera également l'arrêt de la CrEDH, *Sisojeva c. Lituanie* (2006) 43 EHRR 33.

LE DROIT DE L'ENFANT DE CONNAÎTRE SES PARENTS BIOLOGIQUES

Il est manifestement important pour un enfant de connaître son origine, comme le prescrivent l'article 7-1 de la CDE, selon lequel un enfant a, « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents* » et son article 8, selon lequel les États parties doivent « *respecter le droit de l'enfant de préserver son identité* », mais il ressort clairement de l'enquête que le droit à l'identité est un concept largement à l'état de germe parmi les États membres. Il n'a pas non plus été précisé par la jurisprudence de la CrEDH, bien que la possibilité de recueillir des informations sur l'identité d'une personne en tant qu'être humain soit établie en vertu de l'article 8,¹⁴⁴ ce droit doit cependant être mis en balance des droits et intérêts des tiers et, dans certains cas, c'est ce dernier [droit] qui prévaut¹⁴⁵.

Le droit d'un enfant de connaître ses parents ou son origine génétique n'est reconnu par la loi que dans trois des pays enquêtés. Toutefois, la Cour suprême néerlandaise a élaboré la notion d'un droit général de la personne qui englobe le droit de connaître ses parents¹⁴⁶. L'Allemagne a adopté une approche analogue, mais plus prudente¹⁴⁷. À l'autre extrême, certains pays, notamment la Russie, ne reconnaissent même pas le droit d'un enfant adopté de retrouver ses parents biologiques, tandis que la France et l'Italie continuent d'autoriser les mères à accoucher dans l'anonymat.

Dans la plupart des États, lorsqu'une position a été exprimée dans une loi, elle concerne le plus souvent l'adoption, dans le cas de laquelle, souvent, les enfants adoptés devenus majeurs peuvent retrouver leurs parents biologiques, et la procréation médicalement assistée, dans le cas de laquelle, nonobstant l'anonymat souvent accordé au donneur de sperme (sauf en Angleterre et au Pays de Galles, aux Pays-Bas et dans les pays scandinaves), l'enfant majeur a accès aux informations relatives à son origine génétique.

Parmi les pays enquêtés, seuls l'Angleterre et le Pays de Galles habilite un tribunal à ordonner à une mère de révéler à son enfant l'identité du père.

La question soulevée par ces constatations est celle de savoir si, eu égard à la diversité des approches, un instrument européen peut prendre en considération les questions relatives à l'identité de l'enfant, à tout le moins en allant beaucoup plus loin que le principe 28 du Livre blanc, selon lequel « *la loi doit dûment tenir compte de l'intérêt de l'enfant concernant les informations relatives à son origine biologique* ».

DROIT DE RESTER EN CONTACT

La constatation selon laquelle tous les pays enquêtés considèrent que l'enfant doit rester en contact permanent avec ses deux parents quelle que soit leur situation matrimoniale est conforme à l'article 9-3 de la CDE, à l'article 4 de la Convention de 2003 sur les relations

¹⁴⁴ Voir *Mikulic c. Croatie*, requête n° 53176/99, [2002] 1 FCR 720, par. 34 ; requête *Gaskin c. Royaume-Uni* (1988) 12 EHRR 36, 45 (par. 39).

¹⁴⁵ Voir *Odièvre c. France*, op. cit., n. 117, arrêt dans lequel la Cour a jugé que la pratique française consistant à autoriser les mères à accoucher dans l'anonymat ne contrevenait pas à la CEDH.

¹⁴⁶ Voir HR 15 Ap 1994 NJ 1994 608; voir plus haut.

¹⁴⁷ Voir plus haut.

personnelles concernant les enfants (« Convention de 2003 ») et à l'article 8 de la Convention de 1975.

Les pays divergent quant à la question de savoir si le droit de rester en contact doit être considéré comme un droit de l'enfant ou celui du parent. Les vues divergent également quant à savoir s'il convient d'imposer à un parent qui s'y refuse l'obligation de rester en contact avec son enfant.

Il existe également des différences au sujet des grands-parents. Certains pays considèrent le contact avec les grands-parents comme un droit, à moins que cela ne corresponde pas à l'intérêt de l'enfant, mais, là encore, on relève des différences quant à la question de savoir s'il s'agit d'un droit de l'enfant ou de celui des grands-parents. Un certain nombre d'autres pays prévoient simplement une procédure juridique qui permet aux grands-parents de revendiquer en justice leur droit de rester en contact et de prouver que ces contacts correspondent à l'intérêt supérieur de l'enfant. Les deux positions semblent globalement conformes à l'article 5-1 de la Convention de 2003, qui dispose que :

« Sous réserve de l'intérêt supérieur de l'enfant, des relations personnelles peuvent être instituées entre l'enfant et des personnes autres que ses parents ayant avec lui des liens de famille. [c'est-à-dire ses grands-parents ou ses frères et sœurs – voir article 2 d)]. »

Le Danemark et, plus particulièrement, la Finlande se distinguent par leur approche excessivement restrictive, ce dernier pays n'habilitant les tribunaux à statuer sur les droits de visite qu'en faveur des parents.

Beaucoup de pays (huit des pays enquêtés) autorisent les beaux-parents et d'autres dispensateurs de soins à demander à entretenir le contact avec l'enfant, mais certains (comme la Norvège et la Slovaquie) n'accordent ce droit que lorsque l'un des deux parents ou les deux sont décédés. Là encore, les deux positions semblent conformes à l'article 5-2 de la Convention de 2003, selon lequel il est loisible aux États d'autoriser le maintien des contacts avec des personnes autres que les grands-parents et les frères et sœurs. La Finlande se distingue encore une fois comme étant un pays qui n'autorise pas les requêtes en ce sens.

Au vu des dispositions de la CDE et de la Convention de 2003, les constatations qui précèdent justifient-elles l'élaboration d'une nouvelle réglementation européenne sur la question ?

d. Récapitulation des questions soulevées

i. Lien de filiation

1. Un nouvel instrument du Conseil devrait-il prévoir expressément que la femme qui donne naissance à un enfant est la mère légale quel que soit le lien génétique et la situation matrimoniale ?
2. Le statut juridique des pères d'enfants nés dans le mariage devrait-il être réglementé conformément au principe 3 du Livre blanc et, dans l'affirmative, une présomption de paternité devrait-elle, néanmoins, s'appliquer dans le cas d'une séparation légale

ou de fait des conjoints ou dans celui où la mère est remariée au moment de la naissance de l'enfant ?

3. S'agissant des enfants nés hors mariage, la Convention de 1975 doit-elle être augmentée pour régler
 - le moment où une reconnaissance volontaire de paternité peut intervenir ; et
 - la question de savoir si cette reconnaissance volontaire requiert le consentement de la mère ?
4. La capacité de contester un lien de filiation en général et une paternité en particulier devrait-elle être abordée dans un nouvel instrument européen ?
5. Un nouvel instrument européen devrait-il traiter de la filiation juridique d'enfants conçus à la suite d'un traitement relevant de la procréation médicalement assistée et, en particulier, la question du statut juridique des couples de même sexe devrait-elle être expressément abordée ?
6. Le statut juridique des hommes dont le sperme est utilisé à titre posthume devrait-il être examiné dans un nouvel instrument européen ?

ii. *Responsabilité parentale*

7. Le projet de principe (principe 19-1) du Livre blanc (selon lequel les responsabilités parentales appartiennent conjointement aux deux parents, que l'enfant soit né dans le mariage ou hors mariage), devrait-il être solidement ancré dans un nouvel instrument européen ?
8. Un nouvel instrument européen devrait-il traiter spécifiquement du statut juridique des beaux-parents, par exemple en autorisant le partage des responsabilités dans le cadre d'un accord avec la mère ou d'une ordonnance rendue par une autorité compétente ?
9. En tout état de cause, le statut juridique des couples de même sexe devrait-il être spécifiquement examiné ?
10. Convierait-il d'aborder la question du statut juridique des grands-parents de façon distincte de celui des autres dispensateurs de soins autres que les parents ?
11. Un nouvel instrument européen devrait-il traiter du statut juridique des personnes autres que les parents, les beaux-parents et les grands-parents qui s'occupent d'enfants (les « tiers ») ? Dans l'affirmative, devrait-il attribuer la responsabilité parentale (partielle ou intégrale) à ces tiers ou devrait-il les autoriser à exercer la responsabilité parentale (partielle ou intégrale) ?
12. Le pouvoir de conférer la responsabilité parentale à des tiers devrait-il être réservé à des autorités compétentes ?

c. *Le statut de l'enfant*

13. La Convention de 1975 doit-elle être augmentée en:
 - ajoutant une interdiction spécifique de l'attribution d'un statut différent, à savoir la légitimité ou l'illégitimité, aux enfants nés dans le mariage ou hors mariage ;
 - traitant du droit d'hériter opposable aux tuteurs, aux beaux-parents et aux autres dispensateurs de soins ;
 - prévoyant l'obligation des tuteurs, des beaux-parents et des autres dispensateurs de soins en matière d'entretien, d'assistance et de protection (y compris en interdisant les châtiments corporels) à l'égard des enfants ?
14. Un nouvel instrument européen devrait-il se pencher sur le statut des parents en ce qui concerne l'éducation et l'instruction religieuse de l'enfant ?
15. La question de la représentation légale des enfants, notamment la question de savoir quand les enfants peuvent se représenter eux-mêmes, devrait-elle être abordée dans un nouvel instrument ?
16. Est-il nécessaire d'élaborer une disposition internationale régissant la nationalité des enfants et existe-t-il un terrain d'entente suffisant pour le faire?
17. Est-il possible, eu égard à la diversité des positions représentées par les pays enquêtés,
 - d'aller plus loin que le principe n° 27 du Livre blanc en ce qui concerne le nom des enfants ?
 - d'aller plus loin que le principe n° 28 du Livre blanc en ce qui concerne le droit des enfants de connaître leurs parents biologiques ?
18. Eu égard à la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants (2003), conviendrait-il d'élaborer une nouvelle disposition concernant les relations personnelles, s'agissant en particulier du statut des personnes autres que les parents souhaitant entretenir des contacts avec l'enfant ?

VII. PROPOSITIONS CONCERNANT LA RÉVISION DE LA CONVENTION DE 1975 ET SA FUSION AVEC LES DISPOSITIONS SUR LES RESPONSABILITÉS PARENTALES D'UNE NOUVELLE CONVENTION COMME PROPOSÉ SUR LE STATUT FAMILIAL

a. *La nécessité d'un nouvel instrument européen*

L'une des principales recommandations du rapport d'évaluation des activités du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la famille¹⁴⁸ a été la suivante :

« La Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage (1975) et la Recommandation n° R (84) 4 du Comité des Ministres aux États membres du Conseil de l'Europe sur les responsabilités parentales doivent être remplacées sur le modèle du Livre blanc sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation. Ce nouvel instrument devrait prendre la forme d'une Convention et être une priorité essentielle des travaux futurs du Conseil ».

On émet l'opinion que la nécessité de le faire est confirmée par le présent rapport.

Ses dispositions ont encore un rôle à jouer puisqu'il subsiste une certaine discrimination juridique à l'égard des enfants nés hors mariage, mais il semble clair que la Convention de 1975 a en elle-même un champ d'application trop limité dans la mesure où elle ne porte *que* sur les enfants nés dans le mariage ou hors mariage. Ce dont on a besoin à coup sûr, c'est d'un instrument moderne qui englobe un éventail plus large de ménages familiaux, en particulier, dans le contexte de la filiation, le statut des enfants conçus à la suite d'un traitement lié à la procréation médicalement assistée, notamment, dans ce contexte, le statut des couples de même sexe et, dans le contexte des responsabilités parentales, le statut des dispensateurs de soins autres que les parents, en particulier celui des beaux-parents et des grands-parents. On peut soutenir que l'idée d'inscrire un éventail plus large de ménages familiaux dans les limites d'un nouvel instrument européen a été notamment inspirée par la nouvelle jurisprudence/jurisprudence évolutive de la CrEDH dans ce domaine et, en particulier, les arrêts que la Cour a rendus dans *EB c. France*¹⁴⁹ *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*¹⁵⁰ et *Karner c. Autriche*¹⁵¹.

Comme indiqué au début du présent rapport, les questions de parentalité et de responsabilité parentale sont indissolublement liées au statut de l'enfant, et toute enquête sur les droits et le statut juridique des enfants doit nécessairement englober le statut juridique des parents et autres dispensateurs de soins. Il semble donc évident que le nouvel instrument devrait non seulement remplacer la Convention de 1975, mais transposer les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation contenus dans le Livre blanc, encore que ces principes doivent également être considérés à la lumière de la diversité des formes familiales. Ce faisant, comme le rapport d'évaluation l'a recommandé¹⁵², tout nouvel instrument devrait également tendre à remplacer la

¹⁴⁸ Op. cit., n. 13.

¹⁴⁹ Op. cit., n. 27.

¹⁵⁰ Op. cit., n. 25.

¹⁵¹ Op. cit., n. 27.

¹⁵² Op. cit., n. 13.

Recommandation n° R (84) 4 sur les responsabilités parentales, notamment pour éviter à la fois l'inconvénient de disposer de deux instruments sur le même sujet et la possibilité de contradictions ou d'incohérences entre eux.

Compte tenu de tout ce qui précède, on émet l'avis que ce dont on a besoin, c'est d'un instrument moderne qui traite du *statut juridique des familles*. Un tel instrument répondrait aux critères de modernité et d'utilité du rapport d'évaluation¹⁵³, d'autant que les dispositions régissant l'éventail plus large des familles constitueraient de très utiles directives pour les États membres et, ayant essentiellement un caractère normatif, cet instrument ne serait en contradiction avec aucun autre instrument international existant.

Avant de présenter quelques propositions sur la forme qu'un tel instrument pourrait prendre, il convient de se demander de quel type d'instrument il devrait s'agir.

b. De quel type d'instrument a-t-on besoin ?

Le rapport d'évaluation a abouti à la ferme conviction que le nouvel instrument devrait être une convention plutôt qu'une recommandation, mais n'a pas exprimé les raisons de ce choix. L'auteur du présent rapport ne voit pas de raison de changer d'avis, mais va à présent saisir l'occasion pour s'en expliquer. Tout d'abord, il semble approprié de traiter un thème de cette importance dans le cadre de l'instrument majeur que constitue une convention, non de l'instrument mineur d'une recommandation. Mais surtout, puisqu'il est proposé de remplacer la Convention de 1975 (et le Conseil serait malvenu de maintenir en vigueur une Convention manifestement dépassée), seule une nouvelle convention peut véritablement accomplir cette tâche, moyennant l'adoption expresse de dispositions destinées à la remplacer. Il existe pour cela un précédent, qui est la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée), dont l'article 23-1 énonce expressément que la présente convention « remplace, pour les États qui y sont Parties, la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967. »¹⁵⁴

c. Une proposition de nouvelle Convention européenne sur le statut familial

Le présent rapport se clôt sur une proposition selon laquelle le Conseil devrait achever ses travaux de modernisation de la Convention de 1975 en concluant une nouvelle Convention sur le *statut familial* plutôt que sur *l'établissement et les conséquences juridiques du lien de filiation* (sur lequel le CJ-FA est spécifiquement chargé de travailler depuis 1997). Une focalisation sur « la famille » plutôt que sur le « lien de filiation » correspond mieux à la nécessité de trouver un équilibre entre les enfants et les dispensateurs de soins, tout en tenant compte de celle de traiter à la fois du statut juridique des parents et de celui des autres dispensateurs de soins conformément aux arguments exposés dans le présent rapport.

¹⁵³ Op. cit., p. 6.

¹⁵⁴ Étant donné que ce qui est proposé est une révision complète de la Convention de 1975, il semble inapproprié de recourir à l'autre solution consistant à écarter l'application de certaines dispositions lorsque les États ratifient le nouvel instrument, comme dans le cas de l'article 19 de la Convention de 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants, qui écarte l'application des paragraphes 2 et 3 de l'article 11 de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, de 1980.

Pour faciliter la discussion, la section suivante va présenter les principaux éléments¹⁵⁵ d'une telle convention. On s'appuie pour ce faire sur la Convention de 1975, la Recommandation n° R (84) 4, le Livre blanc sur le lien de filiation et les « Principes de droit européen de la famille concernant les responsabilités parentales » de la CEFL.

Étant donné qu'il ne s'agit que d'une proposition, il ne semble pas approprié d'examiner chaque principe d'une façon détaillée. Il s'ensuit que, pour l'essentiel, sauf lorsque le principe proposé innove, les « commentaires » sont limités à une explication de la source du principe en question.

Projet de convention européenne sur le statut familial

Préambule

Conscients de la nécessité de moderniser la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage (STE n° 85) (1975) compte tenu de l'évolution de la structure de la vie familiale dans tous les pays d'Europe ;

Considérant que l'unité familiale est souvent essentielle pour la sécurité, le bonheur de l'enfant et la protection de ses droits ;

Reconnaissant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours primer sur toute autre considération ;

Tenant compte de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et, en particulier, de son article 2-1, qui dispose que les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction/discrimination aucune ; de son article 5, qui les engage à respecter la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention, et de son article 18, qui requiert des États parties qu'ils s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement ;

Prenant acte du contenu de la Recommandation n° R (84) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les responsabilités parentales et du Livre blanc sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation du Conseil de l'Europe ;

Convaincus de la nécessité d'un instrument international révisé du Conseil de l'Europe sur le statut familial qui tienne compte de l'évolution du droit, de la société et de la médecine intervenue au cours des dernières décennies.

¹⁵⁵ Elle ne vise pas à l'exhaustivité.

Première partie

La situation et le statut des enfants

Article 1

Principe général de non-discrimination

Les enfants ne doivent pas faire l'objet d'une/ d'aucune discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, l'opinion politique ou autre, l'origine nationale ou sociale, l'orientation sexuelle, le handicap, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Commentaire : Cet article est repris de l'article 2-1 de la CDE et adapté du principe 3.5 de la CEFL.

Article 2

Application particulière de l'article 1

En application de l'article 1, le statut juridique des enfants ne doit pas être déterminé selon qu'ils sont nés dans le mariage ou hors mariage [leurs parents étaient mariés l'un à l'autre au moment de la naissance] et, partant, il ne doit pas y avoir de notion de légitimité et d'illégitimité.

Commentaire : Ce principe est une application particulière de l'article 2-1 de la CDE et n'a pas d'équivalent direct dans un instrument du Conseil de l'Europe ou un principe de la CEFL.

L'élimination de la notion de légitimité/illégitimité répond à la première partie de la Q13 posés dans le présent rapport. Elle annule l'article 10 de la Convention de 1975, qui dispose que le mariage ultérieur des parents confère le statut légal d'enfant né dans le mariage.

Note : les mots entre crochets pourraient être une référence plus moderne à la notion sans doute surannée de naissance dans le mariage ou hors mariage.

Article 3

Nationalité

1. La nationalité des enfants découle soit de celle de la mère, soit de celle du père quelle que soit la situation matrimoniale des parents.
2. Un État doit accorder sa nationalité à la naissance à tout enfant né sur son territoire dans les cas où les parents sont inconnus ou n'ont pas la nationalité de cet État et où l'enfant, à défaut, se trouverait apatride.

Commentaire : L'article 3-1, qui est une application particulière du principe fondamental de non-discrimination énoncé à l'article 1, est une adaptation de l'article 6-1 :

- a. de la Convention européenne sur la nationalité de 1997. Il répond également à la Q16 posée dans le présent rapport. L'article 3-2 est une adaptation à la fois de l'article 6-1

- b. de la Convention de 1997 et de l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États et est conforme à l'article 7 de la CDE.

Article 4 Nom de famille des enfants

1. Les enfants ont le droit d'acquérir un nom de famille à la naissance.
2. Les États sont libres de mettre en œuvre différents systèmes pour choisir le nom de famille dès l'instant que cela ne donne pas lieu à une discrimination à l'égard des enfants fondée entre autres sur les circonstances de leur naissance, ni à une discrimination injustifiée à l'égard de l'un des parents.

Commentaire : L'article 4-1 reprend le principe 27-1 du Livre blanc et est conforme à l'article 7 de la CDE. L'article 4-2 est fondé sur le principe 27-2 du Livre blanc. L'ensemble de l'article répond à la première partie de la Q17 posée dans le rapport en considérant que rien dans le présent rapport ne justifie que l'on s'écarte de la position du Livre blanc.

Article 5 Droit des enfants de connaître leurs origines

Sous réserve que cela soit conforme à leur intérêt supérieur, les enfants ont le droit d'obtenir des informations sur leurs origines biologiques/génétiques.

Commentaire : L'article 5 est une adaptation du principe 28 du Livre blanc et est conforme aux articles 7-1 et 8 de la CDE. Il répond à la deuxième partie de la Q17 du présent rapport en considérant que rien dans ce dernier ne justifie que l'on formule une proposition sensiblement différente de celle du Livre blanc.

Article 6 Droit d'hériter

Sous réserve de l'article 7, les enfants ont le même droit d'hériter du patrimoine de chacun de leurs parents quelles que soient les circonstances de leur naissance.

Commentaire : Il s'agit ici de proposer une version modernisée de l'article 9 de la Convention de 1975.

Article 7 Pas de droit d'hériter opposable au père posthume

Les enfants conçus grâce à l'utilisation posthume du sperme d'un homme n'ont pas le droit d'hériter du patrimoine de ce père biologique.

Commentaire : Cet article répond à la Q6 posée dans le présent rapport et doit être rapproché de l'article 11. Il n'a aucun équivalent dans les instruments du Conseil.

Article 8 Extension du droit d'hériter au patrimoine de personnes autres que les parents

Les États sont libres d'étendre le droit d'héritage des enfants au patrimoine des beaux-parents, des tuteurs, des grands-parents ou des dispensateurs de soins à long terme dès l'instant que cela ne donne pas lieu dans chaque cas à une discrimination à l'égard des enfants fondée notamment sur les circonstances de leur naissance.

Commentaire : Cet article répond à la deuxième partie de la Q13 posée dans le présent rapport, mais, vu l'absence de terrain d'entente entre les États membres, a un caractère non prescriptif.

Deuxième partie Lien de filiation¹⁵⁶

Article 9 Maternité légale

La femme qui donne naissance à l'enfant est considérée comme la mère légale quels que soient le lien génétique et la situation matrimoniale.

Commentaire : Cet article va plus loin que le principe 1 du Livre blanc en stipulant que le lien génétique et la situation matrimoniale n'ont pas à entrer en ligne de compte aux fins de la détermination de la maternité légale. Il répond à la Q1 posée dans le présent rapport et remplacerait l'article 2 de la Convention de 1975.

Article 10 Paternité légale

Sous réserve de l'article 11, l'homme dont le sperme a fécondé l'œuf est considéré comme le père légal, sauf s'il a donné son sperme au cours du traitement lié à la procréation médicalement assistée agréé par l'État.

Commentaire : L'article 10 ne découle d'aucun instrument du Conseil, mais reflète la situation actuelle à l'échelle de l'Europe.

Article 11 Modifications de l'article 10

Sous réserve de l'article 7, les États membres sont libres de déterminer si l'homme dont le sperme a été utilisé à titre posthume est ou n'est pas considéré comme le père légal.

Commentaire : L'article 11 préserve la possibilité pour les États de considérer le « père posthume » comme le père légal (point de vue qui n'est pas partagé par tous les États), mais sous réserve de l'interdiction (contenue dans l'article 7) de conférer un droit d'hériter à l'enfant. Cette disposition répond à la Q6 posée dans le présent rapport.

¹⁵⁶ Note : la structure de cette partie part du principe que la notion de parentalité et la preuve de la filiation sont des questions distinctes.

Article 12 Paternité en l'absence de lien génétique

Nonobstant l'absence de lien génétique, l'homme qui est :

- a. le conjoint ou le partenaire enregistré de la mère dont l'enfant a été conçu par le biais d'un traitement lié à la procréation médicalement assistée agréé par l'État est considéré comme le père légal à moins qu'il ne consente pas au traitement ;
- b. le partenaire de la mère est considéré comme le père légal pour autant que la femme et lui-même aient consenti par écrit, avant l'administration du traitement lié à la procréation médicalement assistée agréé par l'État ou au moment de l'administration de ce traitement, à ce qu'il reçoive ce traitement.

Commentaire : Cet article ne découle d'aucun instrument du Conseil, encore que l'article 12 (a) reflète pour l'essentiel la position communément adoptée par les États membres et il y est fait référence dans les principes 9 et 10 du Livre blanc. La mention du partenaire enregistré dans ce contexte s'applique aux États qui autorisent les couples hétérosexuels à conclure des partenariats civils ou enregistrés. L'article 12 (b) est inspiré de la position du Royaume-Uni visée par la Loi de 2008 sur la fécondation humaine et l'embryologie. L'article 12 dans son intégralité répond à la première partie de la Q5 posée dans le présent rapport.

Article 13 Le statut des couples de même sexe

Nonobstant l'absence de lien génétique, la femme qui est :

- a. la conjointe ou la partenaire enregistrée de la mère dont l'enfant a été conçu par le biais d'un traitement lié à la procréation médicalement assistée agréé par l'État est considérée comme une parente légale à moins qu'elle ne consente pas à ce traitement ;
- b. la partenaire de la mère est considérée comme une parente légale pour autant que la femme et elle-même aient consenti par écrit, avant l'administration du traitement lié à la procréation médicalement assistée agréé par l'État ou au moment de l'administration de ce traitement, à ce qu'elle reçoive ce traitement.

Commentaire : L'article 13 est le pendant de l'article 12, mais concerne les couples de même sexe et, à ce titre, innoverait sur le plan international. Toutefois, il correspond à la position anglaise consacrée par la Loi de 2008 sur la fécondation humaine et l'embryologie et ferait effectivement droit à l'une des recommandations du rapport d'ILGA Europe de 2008¹⁵⁷. Il répond à la dernière partie de la Q5 posée dans le présent rapport. La mention de la conjointe de la mère s'applique aux États qui autorisent les mariages de personnes de même sexe.

¹⁵⁷ Op. cit., n. 5.

Article 14 L'établissement de la filiation maternelle

La maternité est toujours déterminée par référence à la naissance de l'enfant.

Commentaire : Reposant sur la conviction qu'il faut faire une distinction entre la notion juridique de parentalité et la preuve de la filiation, cet article doit simplement être rapproché de l'article 9 dans l'optique de l'administration de la preuve de la maternité. Il ne tranche pas la question de savoir si les États devraient autoriser les mères à donner naissance de façon anonyme, pratique qui a été jugée non contraire à la CEDH¹⁵⁸.

Article 15 L'établissement de la filiation paternelle

La loi offre toujours la possibilité d'établir la filiation paternelle par présomption, reconnaissance ou décision judiciaire.

Commentaire : Cet article reprend le principe 2-1 du Livre blanc et remplacerait l'article 3 de la Convention de 1975. Toutefois, il ne reprend pas le principe 2-2, qui interdirait, bien qu'uniquement dans des circonstances exceptionnelles, l'établissement de la filiation paternelle lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant le commanderait, car cela semble aller trop loin et pourrait être contraire à l'intérêt qu'a/de l'État d'imposer l'obligation d'entretien de l'enfant au père.

Article 16

1. Un enfant né alors que sa mère était mariée est présumé être l'enfant du mari de celle-ci.
2. Les États sont libres de ne pas appliquer cette présomption dans le cas d'un enfant né après la séparation de fait ou légale des conjoints.

Commentaire : Cet article reprend le principe 3 du Livre blanc. Il répond à la Q2 posée dans le présent rapport.

Article 17

Lorsqu'ils autorisent les couples hétérosexuels à conclure des partenariats enregistrés ou civils, les États sont libres d'appliquer au partenaire la même présomption de paternité que dans le cas d'un mari en vertu de l'article 16.

Commentaire : Cet article ne fait que prolonger l'article 16 et développer le principe 3 du Livre blanc.

¹⁵⁸ Voir *Odievre c. France*, op. cit., n. 117.

Article 18

1. Dans le cas d'un enfant né dans un certain délai, déterminé conformément à la loi par référence à la durée normale de la gestation, après la fin du mariage ou du partenariat de sa mère, est présumé être l'enfant du mari de la mère.
2. Les États sont libres de ne pas appliquer cette présomption si un enfant est né après la dissolution du mariage intervenue par annulation ou par divorce.

Commentaire : Cet article reprend, en y ajoutant la mention du partenaire civil, le principe 4 du Livre blanc.

Article 19

Les États sont libres d'appliquer les présomptions visées dans les principes 17 et 18 aux cas où la mère de l'enfant vit ou a vécu avec un homme sans être mariée.

Article 20

Les États prévoient dans leur législation des règles destinées à régler les situations créées par un conflit de présomptions.

Commentaire : Les principes 19 et 20 reprennent les principes 5 et 6 du Livre blanc.

Article 21

1. Si la filiation parentale n'est pas établie par présomption, la loi prévoit la possibilité d'établir la filiation paternelle par reconnaissance volontaire.
2. Les États peuvent décider de subordonner cet établissement au consentement de la mère.
3. Les États sont libres d'autoriser la reconnaissance volontaire pendant la grossesse de la mère aussi bien qu'après la naissance de l'enfant.

Commentaire : Les paragraphes 1 et 2 de l'article 21 reprennent le principe 7 du Livre blanc, mais sans la référence à la subordination de l'établissement de la filiation au consentement de l'enfant pour les raisons indiquées dans le commentaire se rapportant à l'article 15. Dans la mesure où il fait référence au consentement de la mère, l'article 21-2 répond à la deuxième partie de la Q3 posée dans le présent rapport. L'article 21-3, qui ne s'appuie sur aucun instrument existant, répond à la première partie de la Q3 posée dans le présent rapport.

Article 22

1. Si la filiation paternelle n'est établie ni par présomption, ni par reconnaissance volontaire, la loi prévoit la possibilité d'engager une procédure en vue de faire établir la filiation paternelle par une décision judiciaire.

2. L'enfant ou son représentant a le droit d'engager une procédure en vue d'établir la filiation parentale.

Ce droit peut également être conféré à l'une ou plusieurs des personnes ou entités ci-après :

- la mère
- la personne qui affirme être le père
- d'autres personnes justifiant d'un intérêt particulier
- les autorités publiques.

3. Une procédure judiciaire en vue d'établir la filiation paternelle peut être engagée à tout moment.

Commentaire : Les paragraphes 1 et 2 de l'article 22 reprennent le principe 8-1 et 2 du Livre blanc. Toutefois, le paragraphe 3 de cet article prend le contre-pied du principe 8-3 du Livre blanc (qui autoriserait les États à préciser des délais) en considérant inapproprié d'empêcher l'établissement de la paternité uniquement parce qu'un certain laps de temps se serait écoulé. C'est aller plus loin que la jurisprudence de la CrEDH, qui établit que si une interdiction totale contrevient à l'article 8 (voir *Rozanski c. Pologne*)¹⁵⁹, certaines restrictions sont admissibles pour autant qu'elles ne soient ni arbitraires, ni discriminatoires. Cela étant, les délais ne sont-ils pas tous arbitraires ?

Article 23

1. La filiation paternelle établie par présomption ou par reconnaissance peut être contestée dans le cadre d'une procédure placée sous le contrôle de l'autorité compétente.
2. La filiation paternelle peut être contestée pour les motifs suivants :
 - a. l'enfant n'a pas été procréé par le père, ou
 - b. dans les cas de procréation médicalement assistée :
 - le père a consenti à une procréation médicalement assistée, mais l'enfant n'est pas né à la suite d'un traitement de ce type ;
 - le père a consenti à une procréation médicalement assistée avec utilisation de son sperme, mais c'est le sperme d'un tiers qui a été utilisé ;
 - le père n'a pas consenti à une procréation médicalement assistée.

¹⁵⁹ Requête n° 55339/00, [2006] 2 FCR 178.

3. Le droit de contester une filiation paternelle est conféré :

- au père, et
- à l'enfant ou à son représentant.

Ce droit peut également être conféré à l'une ou plusieurs des personnes ci-après :

- la mère, et
- d'autres personnes justifiant d'un intérêt particulier, notamment la personne affirmant être le père.

Commentaire : L'article 23 reprend le principe 11-1 à 3 du Livre blanc. Toutefois, il ne reprend pas le principe 11-4, qui autoriserait les États à interdire à une personne de contester la filiation paternelle, car il considère que plutôt que d'imposer pareille interdiction, mieux vaut laisser la possibilité de faire rejeter une requête par une autorité compétente, qui pourrait fonder son jugement sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet article et les deux suivants répondent à la Q4 posée dans le présent rapport.

Article 24

Les règles énoncées aux paragraphes 1 et 4 de l'article 23 s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la contestation d'une filiation maternelle.

Commentaire : Cet article reprend le principe 12 du Livre blanc, mais sans la « restriction » ajoutée tendant à ce que la filiation maternelle ne puisse être contestée qu'au motif que la femme n'était pas la personne qui a donné naissance à l'enfant, car cela semble découler de façon évidente de la définition de la maternité légale visée à l'article 9.

Article 25

Une procédure judiciaire en vue de contester la filiation peut être engagée à tout moment.

Commentaire : Cette disposition est le pendant de l'article 22-3 et, pour les raisons indiquées dans le commentaire qui s'y rapporte, prend le contre-pied du principe 14 du Livre blanc, qui autoriserait l'imposition de délais.

Article 26

Les États prennent des mesures visant à promouvoir l'accès, pendant les procédures engagées en vue d'établir et de contester une filiation, aux nouvelles techniques médicales et génétiques, et à autoriser l'utilisation en tant que preuves des informations découlant de ces techniques.

Commentaire : Cela reprend le principe 14 du Livre blanc et remplacerait l'article 5 de la Convention de 1975.

Article 27 Les obligations d'entretien des parents

1. Dans tous les cas, les parents ont l'obligation de pourvoir à l'entretien de l'enfant.
2. La législation nationale peut également prévoir que les tuteurs, les beaux-parents ou autres membres de la famille, les grands-parents et les dispensateurs de soins à long terme sont tenus de pourvoir à l'entretien de l'enfant.
3. La législation nationale peut prévoir l'obligation pour les enfants de pourvoir à l'entretien de leurs parents dans le besoin.

Commentaire : Les paragraphes 1 et 3 de l'article 27 reprennent le principe 26 du Livre blanc et remplaceraient l'article 6-1 de la Convention de 1975 (*note :* le présent rapport n'a pas étudié l'obligation pouvant éventuellement être imposée aux enfants de pourvoir à l'entretien de leurs parents dans le dénuement, mais elle a été incluse ici dans un souci de commodité]. L'article 27-2 répond à la Q13 du présent rapport et remplacerait l'article 6-2 de la Convention de 1975.

Troisième partie Responsabilités parentales

SECTION A DÉFINITIONS

Article 28 Définition des responsabilités parentales

Les responsabilités parentales sont l'ensemble des pouvoirs et devoirs destinés à assurer le bien-être moral et matériel de l'enfant, notamment :

- en prenant soin de la personne de l'enfant,
- en maintenant des relations personnelles avec lui,
- en assurant son éducation,
- sa représentation légale
- la détermination de sa résidence
- et l'administration de ses biens.

Commentaire : L'article 28 reprend la définition figurant dans le principe 18 du Livre blanc et remplacerait le principe 1 de la Recommandation R (84) 4. On retrouve cette définition (dans un libellé légèrement différent) dans le principe 3.1 des principes de la CEFL. Elle accepte l'argument présenté dans le Livre blanc selon lequel l'entretien doit être traité comme une conséquence de la parentalité plutôt que comme une responsabilité parentale, et c'est la raison pour laquelle il est régi par l'article 27 dans la partie consacrée au lien de filiation.

Article 29 Titulaires de responsabilités parentales

1. Est titulaire de responsabilités parentales toute personne ayant en tout ou partie les droits et devoirs énumérés à l'article 28.
2. Sous réserve des articles suivants, les titulaires de responsabilités parentales sont :

- a. les parents de l'enfant, ainsi que
- b. les personnes ou entités autres que les parents de l'enfant qui ont des responsabilités parentales en complément ou en remplacement des parents.

Commentaire : À l'exception de la mention des « entités » (qui font principalement référence aux institutions publiques chargées de la prise en charge de l'enfant), cet article reprend le principe 3.2 des Principes de la CEFL.

SECTION B ALLOCATION DES RESPONSABILITÉS PARENTALES

Note sur la structure des sections suivantes. Partant du principe qu'il est nécessaire de distinguer l'allocation (ou attribution) et l'exercice des responsabilités parentales, la partie restante du projet de Convention comprend des sections indépendantes à cet effet. Cette distinction clarifie les choses¹⁶⁰ et, en tout état de cause, correspond à ce qu'il en est de la parentalité, dans le cas de laquelle il importe d'abord d'établir qui sont les parents légaux, puis de déterminer les conséquences de ce statut. Dans son projet initial de principes de droit européen de la famille concernant les responsabilités parentales, la CEFL a adopté le même point de vue en consacrant des chapitres distincts à l'attribution et à l'exercice. Toutefois, l'ancien titre n'ayant pas rencontré l'agrément de tous les experts, le chapitre 3 s'intitule simplement « Les responsabilités parentales des parents et des tiers », bien qu'en fait, ce chapitre traite toujours de questions d'allocation.

Il convient également de faire observer que la Convention de La Haye sur la protection des enfants (1996)¹⁶¹, opère une nette distinction entre l'attribution et l'exercice. Les paragraphes 1 et 3 de son article 16 disposent que l'attribution ou l'extinction de la responsabilité parentale est régie par la loi en vigueur dans le lieu de résidence habituelle de l'enfant, mais que si ce lieu change, l'ancienne attribution subsiste. En revanche, en vertu de son article 17, l'exercice de la responsabilité est régi par la loi en vigueur dans le lieu de résidence habituelle de l'enfant, mais que si ce lieu change, il est régi par la loi de l'État où se trouve le nouveau lieu de résidence habituelle. L'existence de la Convention de 1996 semble rendre impératif d'établir une distinction entre l'attribution et l'exercice. Toutefois, par déférence pour la pratique de la CEFL, il est proposé d'intituler la première de ces sections « allocation », et non « attribution » des responsabilités parentales.

Article 30 Parents

1. Chacun des parents est investi des responsabilités parentales.

¹⁶⁰ Comme le rapport d'évaluation (op. cit., n. 13, p. 9) l'a relevé, l'attribution et l'exercice des responsabilités parentales ne sont pas toujours clairement différenciés dans la Recommandation n° R (84) 4, voir en particulier le principe 7.

¹⁶¹ Convention de La Haye concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Tous les Etats membres de l'Union européenne se sont engagés à la ratifier d'ici juin 2010.

2. Chacun des parents reste investi des responsabilités parentales nonobstant la dissolution ou l'annulation de leur mariage ou d'une autre relation formelle, ou leur séparation légale ou de fait.
3. Un parent peut conclure un accord contraignant qui confère des responsabilités parentales à son conjoint ou à son partenaire civil enregistré qui n'est pas un parent, dès l'instant que tous les autres titulaires de responsabilités parentales y consentent par écrit.

Commentaire : L'article 30-1 s'appuie sur le principe 19-1 du Livre blanc et le principe 38 des Principes de la CEFL. Mais il n'inclut pas le principe 19-2 du Livre blanc, qui empêcherait effectivement un homme qui reconnaît sa paternité après la naissance de l'enfant d'acquérir des responsabilités parentales dans le cas où cela serait préjudiciable aux intérêts de l'enfant. En effet, cela semble inutilement compliqué et inutile dès lors qu'un tribunal est habilité à ôter ou limiter des responsabilités (voir les articles 34 et 40 plus loin). On notera la vaste portée de l'article 30-1 : il signifierait que *tous* les pères célibataires et les « parentes » relevant de l'article 13 seraient automatiquement investis des responsabilités parentales. Cette disposition répond aux questions 7 et 9 posées dans le présent rapport.

L'article 30-2 s'appuie sur le principe 3.10 des Principes de la CEFL et s'inspire du principe 22 du Livre blanc.

L'article 30-3 ne s'appuie sur aucun instrument du Conseil, mais répond à la Q8 posée dans le présent rapport. Il découle de cette disposition que les parents ne pourraient conclure des accords conférant des responsabilités qu'avec les beaux-parents ; elle répond donc à la Q12 posée dans le présent rapport (mais on notera le pouvoir de désigner des tuteurs prévu par l'article 33).

Article 31 Tiers

1. Les responsabilités parentales peuvent être assignées à des personnes autres qu'un parent ou à une entité en exécution d'une ordonnance rendue par une autorité compétente.
2. Les États sont libres de faire de l'assignation des responsabilités parentales une conséquence automatique de la décision rendue par une autorité compétente de confier la prise en charge de l'enfant à une personne autre qu'un parent ou à une entité.
3. Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il convient d'assigner les responsabilités parentales à une personne autre qu'un parent ou à une entité, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération principale et, compte tenu de son âge et de son degré de maturité, l'enfant doit avoir le droit d'être informé et consulté et d'exprimer son opinion sur toutes questions le concernant, et il doit avoir droit à ce que l'on accorde à ses vues toute l'importance qui convient.

Commentaire : L'article 31-1 est une adaptation du principe 3.9 des Principes de la CEFL, mais limite expressément aux autorités compétentes le pouvoir d'assigner les responsabilités parentales à des personnes autres que les parents ou à des entités. On peut relever que cette formulation conférerait aux autorités compétentes des pouvoirs étendus s'agissant d'assigner ces responsabilités. L'article 31-2 ne s'appuie sur aucun instrument européen, mais reflète, par exemple, la situation qui existe au Royaume-Uni. L'article 31-3 s'appuie sur les principes 25 et 21 du Livre blanc et sur les principes 3.3 et 3.6 des Principes de la CEFL.

Article 32 La fin des responsabilités parentales

Les responsabilités parentales prennent fin dans le cas où l'enfant :

- a. devient majeur ;
- b. se marie ou conclut un partenariat enregistré ;
- c. est adopté ;
- d. décède.

Commentaire : Cet article s'appuie sur le principe 3.30 des Principes de la CEFL.

Article 33 Décès

1. Les États peuvent prévoir qu'un parent ou un tuteur peut faire un testament dans lequel il désigne une autre personne (un tuteur) chargée d'exercer les responsabilités parentales après sa mort. L'autorité compétente est habilitée à révoquer une telle désignation. Cette décision doit être prise compte tenu des principes énoncés dans l'article 31-3.
2. Lors du décès d'un titulaire conjoint des responsabilités parentales, ces responsabilités reviennent au(x) titulaire(s) survivant(s).
3. Lors du décès d'un titulaire exclusif des responsabilités parentales, l'autorité compétente doit rendre une décision concernant l'allocation des responsabilités parentales. Les législations nationales peuvent prévoir que ces responsabilités reviendront à un membre de la famille ou à l'un des beaux-parents, à moins que l'intérêt de l'enfant n'exige d'autres mesures.

Commentaire : L'article 33-1 est une adaptation du principe 23-4 du Livre blanc ; l'article 33-2 est une adaptation du principe 23-1 du Livre blanc et des paragraphes (1) et (2) du principe 3.33 des Principes de la CEFL ; et l'article 32-3 est une adaptation du principe 23-3 du Livre blanc et du paragraphe (3) du principe 3.31 des Principes de la CEFL.

Article 34 Extinction des responsabilités parentales

Dans des cas exceptionnels fixés par la loi, l'autorité compétente peut, en application des principes énoncés dans l'article 31-3, mettre fin aux responsabilités parentales d'un titulaire.

Commentaire: Cet article s'appuie sur le principe 24-1 du Livre blanc et sur le principe 3.32 des Principes de la CEFL. On peut noter qu'ainsi formulé, l'article 34 habiliterait une autorité compétente à priver même un parent des responsabilités parentales.

Article 35 Demande d'extinction des responsabilités parentales

L'extinction des responsabilités parentales peut être demandée par

- a. un parent ;
- b. l'enfant, et
- c. une institution peut également, de sa propre initiative, ordonner l'extinction des responsabilités parentales.

Commentaire : L'article 35 s'appuie sur le principe 3.33 des Principes de la CEFL.

Article 36 Réintégration dans les responsabilités parentales

Compte tenu des principes énoncés dans l'article 31-3, l'autorité compétente peut réintégrer une personne dans ses responsabilités parentales si les circonstances ayant amené à y mettre fin n'existent plus.

Commentaire : L'article 36 s'appuie sur le principe 3.33 des Principes de la CEFL.

SECTION C EXERCICE DES RESPONSABILITÉS PARENTALES

Article 37 Exercice conjoint

Les titulaires conjoints de responsabilités parentales ont le même droit et le même devoir d'exercer les dites responsabilités et doivent, chaque fois que cela est possible, les exercer de façon conjointe.

Commentaire : L'article 37 s'appuie sur le principe 3.11 des Principes de la CEFL et est une adaptation du principe 20 du Livre blanc.

Article 38 Gestion des affaires quotidiennes et décisions importantes et pressantes

1. Les titulaires conjoints de responsabilités parentales ont le droit d'agir seul en ce qui concerne la gestion des affaires quotidiennes.
2. Les décisions importantes concernant des questions telles que l'éducation, les traitements médicaux, le lieu de résidence de l'enfant ou l'administration de ses biens, doivent être prises conjointement. En cas d'urgence, un titulaire de responsabilités parentales doit avoir le droit d'agir seul. Les autres titulaires de responsabilités parentales doivent être informés sans retard excessif.

Commentaire : L'article 38 s'appuie sur le principe 3.12 des Principes de la CEFL.

Article 39 Accord concernant l'exercice

1. Compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant, les titulaires conjoints de responsabilités parentales peuvent conclure un accord sur l'exercice de ces responsabilités.
2. L'autorité compétente peut passer cet accord au crible.

Commentaire : L'article 39 s'appuie sur le principe 3.13 des Principes de la CEFL.

Article 40 Désaccord à propos de l'exercice

1. Lorsque les titulaires conjoints ne parviennent pas à se mettre d'accord sur une question importante, ils peuvent s'adresser à /faire une demande à /saisir l'/ l'autorité compétente.
2. L'autorité compétente doit aider les titulaires de responsabilités parentales à s'entendre sur la question.
3. Lorsque les titulaires ne parviennent pas à s'entendre, l'autorité compétente doit, en application des principes énoncés dans l'article 31-3, déterminer la manière dont les responsabilités parentales devraient être exercées.

Commentaire : L'article 40 est une adaptation du principe 3.14 des Principes de la CEFL.

Article 41 Exercice exclusif sur la base d'un accord ou d'une décision

Compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant, un titulaire conjoint de responsabilités parentales peut exercer ces responsabilités à titre exclusif sur la base :

- a. d'un accord conclu entre les titulaires en vertu de l'article 39 ou
- b. d'une décision prise par l'autorité compétente compte tenu des principes énoncés dans l'article 31-3.

Commentaire : L'article 41 est une adaptation du principe 3.15 des Principes de la CEFL.

Article 42 Exercice des responsabilités parentales par un titulaire exclusif

Un titulaire exclusif de responsabilités parentales exerce seul ces responsabilités.

Commentaire : L'article 42 est une adaptation du principe 3.16 des Principes de la CEFL.

SECTION D CONTENU DES RESPONSABILITÉS PARENTALES

Article 43 Assistance, protection et éducation

1. Les titulaires de responsabilités parentales doivent assurer la prise en charge, la protection et l'éducation de l'enfant d'une manière adaptée à sa personnalité distinctive et à ses besoins de développement.
2. L'enfant ne doit pas être soumis à des châtiments corporels ni à tout autre traitement humiliant.

Commentaire : L'article 43 s'appuie sur le principe 3.19 des Principes de la CEFL et répond à la Q 13 posée dans le présent rapport.

Article 44 Lieu de résidence

1. En cas d'exercice conjoint des responsabilités parentales, les titulaires de ces responsabilités qui ne résident pas au même endroit/ensemble doivent décider conjointement/ se mettre d'accord sur chez qui l'enfant va résider.
2. L'enfant peut résider alternativement chez l'un ou l'autre des titulaires de responsabilités parentales sur la base soit d'un accord approuvé par une autorité compétente, soit d'une décision rendue par cette autorité. L'autorité compétente doit prendre en considération des facteurs tels que :
 - a. l'âge et l'opinion de l'enfant ;
 - b. la capacité et la volonté des titulaires de responsabilités parentales de coopérer entre eux pour ce qui est des affaires qui concernent l'enfant, ainsi que leur situation personnelle ;
 - c. la distance entre les lieux de résidence respectifs des titulaires de responsabilités parentales et entre ces lieux de résidence et l'école de l'enfant.

Commentaire : L'article 44 reprend le principe 3.20 des Principes de la CEFL.

Article 45 Changement de lieu de résidence

1. Si un titulaire conjoint de responsabilités parentales souhaite changer le lieu de résidence de l'enfant à l'intérieur ou en dehors du pays considéré, il doit en informer à l'avance les autres titulaires de ces responsabilités.
2. Si un autre titulaire de responsabilités parentales s'oppose au changement de lieu de résidence de l'enfant, il peut saisir l'autorité compétente pour qu'elle statue sur la question.

3. L'autorité compétente doit, en plus de tenir compte des principes énoncés dans l'article 31-3, prendre en considération des facteurs tels que :
 - a. le droit de l'enfant de maintenir des relations personnelles avec les autres titulaires de responsabilités parentales ;
 - b. la capacité et la volonté des titulaires de responsabilités parentales de coopérer entre eux ;
 - c. la situation personnelle des titulaires de responsabilités parentales ;
 - d. la distance géographique et l'accessibilité ;
 - e. la libre circulation des personnes.

Commentaire : Il s'agit d'une légère adaptation du principe 3.21 des Principes de la CEFL. Elle traite d'une question importante qui n'est pas débattue ailleurs dans le présent rapport et qui mérite en soi une enquête détaillée à l'échelle européenne.

Article 46 Administration des biens de l'enfant

Les titulaires de responsabilités parentales doivent administrer les biens de l'enfant avec soin et diligence afin de préserver et, si possible, d'augmenter la valeur de ces biens.

Commentaire : L'article 46 s'appuie sur le paragraphe (1) du principe 3.22 des Principes de la CEFL et répond en partie à la Q 13 posée dans le présent rapport.

Article 47 Représentation légale

1. Les titulaires de responsabilités parentales doivent représenter légalement l'enfant dans les affaires qui concernent sa personne ou ses biens.
2. La représentation légale ne doit pas avoir lieu en cas de conflit d'intérêts entre l'enfant et les titulaires de responsabilités parentales.
3. Compte tenu de son âge et de son degré de maturité, l'enfant doit avoir le droit de se représenter lui-même dans toute procédure judiciaire le concernant.

Commentaire : L'article 47 reprend le principe 3.24 des Principes de la CEFL et répond à la Q 15 posée dans le présent rapport.

Conclusions : Il faudra, sans aucun doute, prévoir les dispositions finales habituelles, mais ces dernières doivent inclure : (a) un article stipulant que la présente Convention remplacera la Convention de 1975 et la Recommandation n° R (84) 4 et (b) certaines dispositions relatives à la surveillance de l'application de la Convention.

ANNEXE 1

QUESTIONNAIRE SUR LE STATUT JURIDIQUE DES ENFANTS

1. Pour ce questionnaire, merci d'indiquer des informations succinctes concernant les individus considérés comme les parents légaux.
2. Le statut accordé à l'enfant diffère-t-il selon qu'il est né de parent mariés ou non mariés ? Si oui, quel est le statut de l'enfant si les parents se marient ultérieurement ? Qu'en est-il si les parents enregistrent leur union ? Quel est le statut de l'enfant élevé par un parent vivant de facto dans une union de même sexe ? Le changement de sexe du parent a-t-il une incidence sur la parentalité ?
3. Quel est le statut de l'enfant si :
 - (a) Il/elle est conçu(e) au moyen du sperme d'un géniteur après sa mort ?
 - (b) Il/elle est le fruit d'une autorisation de maternité de substitution (c'est-à-dire dans le cas des mères porteuses) ?
4. Dans quelle mesure, le droit de succession des enfants diffère-t-il selon que son/ses parent(s) sont mariés ensemble ? Quel est le statut de l'enfant adultérin (c'est-à-dire un enfant né hors mariage, par rapport à un parent qui est marié à une autre personne ?)
5. Qu'en est-il des droits de succession de l'enfant
 - (a) par rapport au beau-parent (c'est-à-dire l'époux/épouse ou compagnon enregistré du parent) ;
 - (b) par rapport à un tuteur (c'est-à-dire quelqu'un remplaçant officiellement un parent décédé) ;
 - (c) dans le cas où l'enfant est conçu après la mort d'un des parents, par rapport au parent décédé ;
 - (d) par rapport à tout autre gardien de l'enfant ?
6. A qui l'enfant peut-il demander une pension alimentaire si ses parents (a) sont mariés ou ont enregistré leur union, (b) sont non mariés ? Quelqu'un d'autre est-il susceptible d'assurer la pension alimentaire, par exemple (i) un beau-parent, (ii) un tuteur ou (iii) un autre gardien de l'enfant ?
7. De qui l'enfant peut-il attendre soins et protection (y compris traitements médicaux) si les parents (a) sont mariés ou ont enregistré leur union, (b) sont non mariés ? Quelqu'un d'autre est-il susceptible d'assurer les soins et la protection de l'enfant, par exemple, (i) un beau-parent, (ii) un tuteur ou (iii) un autre gardien de l'enfant ?
8. Dans quelle mesure et par qui l'enfant peut-il être sanctionné ? Quelles sanctions sont permises et comment éviter les abus ?

9. Qui est responsable de
 - (a) l'éducation de l'enfant ?
 - (b) de son éducation religieuse ?
10. Quelle est la position juridique concernant le nom de l'enfant ?
11. De qui l'enfant obtient-il la nationalité ? Comment, entre autres, peut-on éviter la situation d'apatridie de l'enfant ?
12. Qui peut représenter l'enfant dans les procédures juridiques ?
13. Dans quelle mesure l'enfant a-t-il le droit de connaître ses parents biologiques ?
14. Dans quelle mesure l'enfant a-t-il le droit d'entrer en contact avec (a) ses parents, (b) ses autres tuteurs/gardiens ?
15. Pourriez-vous, s'il vous plaît, fournir de plus amples informations sur toutes les autres situations dans lesquelles votre juridiction et la jurisprudence opèrent une différence de traitement des enfants selon leur naissance ou leur éducation ?