

BILAN DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE SUR LE STATUT JURIDIQUE DES ENFANTS NÉS HORS MARIAGE



| Rapport préparé par Mme Katarina Trimmings, consultante,
| sous la supervision du
| Comité européen de coopération juridique (CDCJ)

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Ce rapport a été commandité par le Comité européen de coopération juridique (CDCJ). Il a été présenté au CDCJ durant sa 97e réunion plénière (1-3 décembre 2021) lors de laquelle le comité a approuvé la publication du rapport.

Les opinions exprimées dans le présent rapport sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les positions du Conseil de l'Europe ou de ses Etats membres.

Toute demande de reproduction ou de traduction de tout ou d'une partie de ce document doit être adressée à la Direction de la communication (F-67075 Strasbourg Cedex ou publishing@coe.int). Toute autre correspondance relative à ce document doit être adressée à la Division de la coopération juridique, Direction Générale Droits de l'Homme et Etat de droit.

RESUMÉ

La Convention 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage s'est retrouvée, au fil du temps et au vu des évolutions sociales et médicales qui ont eu lieu depuis son adoption, progressivement dépassée. En outre, certaines dispositions de la Convention de 1975 sont contraires à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (la Cour ou la CEDH). La nouvelle convention révisée doit donc, pour renforcer la protection juridique des enfants nés hors mariage, prendre en compte les nouvelles formes de famille, dans le contexte de la filiation légale et des responsabilités parentales, ainsi que de la situation des enfants nés grâce aux techniques de procréation assistée.

Le présent rapport vise à établir une liste des domaines et des questions spécifiques à examiner dans lesquelles des améliorations sont nécessaires en vue d'être en conformité avec la jurisprudence de la CEDH et en phase avec l'évolution de la société.

Selon l'évaluation de l'état d'avancement de la mise en œuvre de la Convention de 1975, les principales lacunes concernent notamment la maternité de substitution, la filiation et la parentalité des personnes de même sexe, et la filiation et la parentalité des personnes transgenres.

Concernant la maternité de substitution, et conformément à la jurisprudence de la CEDH, les États sont libres d'interdire la maternité de substitution au niveau national. Or, étant donné le recours croissant à la maternité de substitution comme moyen de fonder une famille, il serait judicieux d'insérer dans la convention nouvelle ou révisée, des dispositions relatives à la filiation légale dans le cadre de la maternité de substitution, en précisant que les États sont libres d'adopter ou non une législation qui régit la maternité de substitution. Par ailleurs, pour éviter de promouvoir la maternité de substitution commerciale, il faudrait remplacer le terme « parents commanditaires » par « parents d'intention ». Une question distincte, qui découle de la jurisprudence de la CEDH en matière de maternité de substitution transfrontière, se pose de savoir si une convention nouvelle/révisée devrait empiéter sur le domaine du droit international privé. Cette question se pose car poursuivre sur cette voie risquerait d'empiéter sur les travaux de la Conférence de La Haye sur le droit international privé, qui œuvre actuellement à l'élaboration d'un instrument de droit international privé sur la filiation légale. D'autre part, l'approche centrée sur l'enfant adopté(e) dans la jurisprudence de la Cour doit être saluée et reprise dans la nouvelle convention. Cela renforcera considérablement la protection juridique des enfants nés par recours à une substitution transfrontalière. Cependant, il faut être vigilant à ce que ces nouvelles dispositions n'encouragent pas les éventuels parents d'intention (dont le droit national interdit la maternité de substitution) à contourner la législation nationale pour recourir à la maternité de substitution transfrontière.

Le rapport constate également que les droits parentaux des personnes de même sexe n'est pas garanti de la même façon dans chacun des pays européens. En effet, les droits parentaux de ces personnes relèvent de la marge d'appréciation des États membres. Cette situation donne lieu à un « patchwork de droits pour les enfants », de sorte que les droits des enfants de familles homoparentales varient d'un Etat membre à l'autre. En conséquence, des dispositions qui permettent d'établir juridiquement la filiation entre le parent non biologique et l'enfant *ab initio*, ainsi que de dispositions appropriées sur les responsabilités parentales, devraient être insérées dans une convention nouvelle/révisée, de manière à supprimer la discrimination à laquelle continuent d'être confrontés les enfants nés dans des familles homoparentales.

Le rapport se penche également sur la question de la filiation et de la parentalité des personnes transgenres. Le transsexualisme soulève des questions juridiques, morales et sociales complexes, de sorte que la filiation légale pour les personnes transgenres est très difficile à reconnaître, même lorsque la reconnaissance légale du genre existe. La nouvelle convention tentera de mettre en place de nouvelles dispositions adéquates pour renforcer et protéger les droits de ces personnes. Néanmoins, l'absence de terrain d'entente sur les questions transgenres en général entre les États membres du Conseil de l'Europe peut rendre cette proposition difficile à mettre en œuvre à ce stade.

Enfin, le rapport recommande de remplacer les dispositions de la Convention de 1975 par de nouveaux articles (ou de réviser les articles existants) pour garantir la non-discrimination des enfants, notamment en matière de succession et d'entretien; le droit d'accès des enfants aux informations concernant leurs origines ; le droit à un nom de famille ; le droit à une nationalité ; et la possibilité légale d'établir un lien de filiation par présomption, reconnaissance ou décision judiciaire. Les articles nouveaux (ou révisés) devraient également traiter en détail de la filiation paternelle et maternelle et fournir, notamment, des orientations générales sur l'étendue des restrictions pouvant être apportées au droit d'établir un lien de filiation.

Sommaire

1. INTRODUCTION	6
2. LA CONVENTION DE 1975 SUR LE STATUT JURIDIQUE DES ENFANTS NES HORS MARIAGE : LA NECESSITE D'UNE REFORME	7
3. PRINCIPAUX DOMAINES A ABORDER A LA LUMIERE DE LA JURISPRUDENCE RECENTE DE LA CEDH ET DE L'EVOLUTION DE LA SOCIETE	9
3.1. La maternité de substitution	10
3.1.1. Contexte	10
3.1.2. Jurisprudence de la CEDH sur la maternité de substitution.....	12
3.1.3. Commentaire	13
3.2. La filiation et la parentalité des personnes de même sexe	15
3.2.1. Jurisprudence de la CEDH sur les partenariats entre personnes de même sexe 15	
3.2.2. Commentaire	17
3.3. La filiation et la parentalité des personnes transgenres.....	20
4. RECOMMANDATIONS DETAILLEES EN VUE DE LA REFORME DE LA CONVENTION DE 1975 A LA LUMIERE DE LA JURISPRUDENCE RECENTE DE LA CEDH	21
4.1. Le principe général de non-discrimination.....	21
4.2. Les droits de succession.....	22
4.3. Le droit des enfants à une identité	23
4.4. Le droit d'accès des enfants aux informations concernant leurs origines	24
4.4.1. Filiation paternelle.....	24
4.4.2. Filiation maternelle : accouchement sous X	25
4.5. La reconnaissance juridique d'une filiation biologique établie à l'étranger.....	26
4.6. Le droit des enfants à un nom de famille.....	26
4.7. Le droit des enfants à une nationalité.....	27
4.8. Le lien de filiation	28
4.8.1. Filiation maternelle.....	31
4.8.2. Filiation paternelle.....	32
4.9. Responsabilité parentale.....	37
4.10. Obligations d'entretien.....	40
5. CONCLUSION	41
ANNEXE : TABLEAU DES RECOMMANDATIONS	42

1. INTRODUCTION

1. Les droits de l'enfant sont directement concernés par l'évolution des normes sociales et juridiques relatives à la notion de « famille ». Parmi ces changements, particulièrement marqués au cours des trois dernières décennies, figure la mise en place de nouvelles structures familiales qui n'étaient pas acceptables ou imaginables par le passé. Ces structures familiales comprennent les familles monoparentales, les parents sans lien génétique avec leurs enfants et les familles LGBT. L'adaptation à ces nouvelles structures familiales remet en question des notions juridiques telles que la présomption positive selon laquelle un enfant né dans le cadre d'un mariage est l'enfant biologique des deux parents. La Cour européenne des droits de l'homme (la « Cour » ou la CEDH) a joué un rôle de plus en plus important, en permettant au droit d'atteindre la souplesse nécessaire à l'égard des nouvelles structures familiales. La Cour a examiné des requêtes en la matière, principalement dans le cadre des articles 8 et 14. Si la Cour a été applaudie pour son traitement de l'évolution des comportements à l'égard de la famille, elle a également fait l'objet de critiques, notamment pour sa position parfois réservée à l'égard des nouvelles structures familiales.

2. Le présent rapport, établi à la demande du Comité de coopération juridique du Conseil de l'Europe (CDCJ), est conçu comme une étape préliminaire à une éventuelle mise à jour des dispositions de la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage (STE n° 85) (« la Convention de 1975 » ou « la Convention »). En cherchant à identifier les lacunes des questions traitées par la Convention en vue de renforcer la protection des enfants nés hors mariage, l'étude met en évidence les domaines dans lesquels de nouvelles évolutions pertinentes ont eu lieu à la CEDH. Elle s'appuie sur le travail effectué précédemment dans ce cadre par le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) du CDCJ. Ce rapport vise à établir une liste de domaines et de questions spécifiques à examiner, notamment les lacunes des questions traitées par la Convention en vue de renforcer la protection des enfants nés hors mariage, en tenant compte des changements et des évolutions qui ont eu lieu depuis sa rédaction. Cet examen comprend une évaluation préliminaire de l'opportunité d'une mise à jour de la Convention, tout en mettant en balance les éléments ou facteurs qui pourraient faciliter ce processus ou entraver la modernisation de la Convention.

3. La méthodologie utilisée dans cette étude repose sur la recherche en bibliothèque, qui fait partie intégrante de la recherche juridique. L'étude prend en compte à la fois les sources primaires et secondaires, les sources primaires étant représentées par la jurisprudence pertinente de la CEDH, et les sources secondaires comprenant la littérature universitaire pertinente (ouvrages et articles de revues), les rapports politiques et les sources en ligne¹.

¹ Les principales sources sont les suivantes : Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA), « « Livre blanc » » sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation » (CJ-FA (2006) 4 f), disponible à l'adresse [CJ-FA_2006_4_f.PDF](https://rm.coe.int/CJ-FA_2006_4_f.PDF) (coe.int), consulté pour la dernière fois le 29/09/2021 (« Livre blanc ») ; N Lowe, « Une étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation » (CJ-FA (2008) 5), disponible à l'adresse [CJ-FA_2008_5_F.25.09.09](https://rm.coe.int/CJ-FA_2008_5_F.25.09.09) (coe.int), consulté pour la dernière fois le 29/09/2021 (« Rapport 2008 ») ; Comité européen de coopération juridique, « Rapport comportant une évaluation des instruments du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la famille », CJ-FA (2006) 1 Rev, disponible sur <https://rm.coe.int/168070080e>, consulté pour la dernière fois le 29/09/2021 ; Direction des affaires juridiques, « Le droit de visite des enfants en Europe », CJ-FA (99) ACCESS, disponible sur <http://rm.coe.int/doc/09000016807004f8>, consulté pour la dernière fois le 29/09/2021 ; Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, « Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant » (2015), disponible sur https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_FRA.pdf consulté pour la dernière fois le 29/09/2021 ; CEDH, « Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme » (2020), disponible sur https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_fra.pdf, consulté pour la dernière fois le 29/09/2021 ; CEDH, « Fiche thématique – Orientation sexuelle » (2021), disponible à l'adresse https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_FRA.pdf, consulté pour la dernière fois le 29/09/2021 ; et CEDH, « Guide sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et sur l'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention » (2021), disponible à l'adresse https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_FRA.pdf consulté pour la dernière fois le 29/09/2021.

L'accent est mis sur la jurisprudence de la Cour, qui a été localisée et consultée principalement via la base de données de jurisprudence de la Cour, HUDOC². La jurisprudence est analysée au vu du précédent bilan de la Convention de 1975, en particulier le projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales (« le projet de recommandation (2011) »)³ et le projet d'exposé des motifs du projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales (« le projet d'exposé des motifs (2011) »)⁴. L'accent est ici mis sur la jurisprudence postérieure à 2011, afin de saisir principalement les évolutions les plus récentes.

4. Il convient de noter que seule une étude comparée limitée de la législation interne des États membres du Conseil de l'Europe a été menée dans le cadre du présent rapport. En conséquence, les conclusions et les recommandations formulées ici se fondent principalement sur la jurisprudence pertinente de la CEDH et, à ce titre, ne reflètent pas pleinement la faisabilité des réformes proposées au vu de la situation juridique actuelle des États membres du Conseil de l'Europe. Si une décision préliminaire devait être prise pour procéder à la modernisation des dispositions de la Convention de 1975, il serait indispensable de réaliser une étude comparée détaillée pour évaluer les propositions de réforme par rapport aux évolutions survenues dans les États membres du Conseil de l'Europe, avant de prendre une décision finale sur l'avenir de la Convention.

5. Le corps principal du rapport est divisé en trois parties. La première partie présente la Convention de 1975, en soulignant la nécessité de moderniser cet instrument. La deuxième partie identifie les principales lacunes du champ d'application et de la teneur de la Convention de 1975, telles que les a mises en lumière la jurisprudence de la CEDH, en privilégiant tout particulièrement les évolutions survenues au cours de la dernière décennie. Vient ensuite la troisième partie, qui comporte des recommandations précises pour le bilan de la Convention de 1975 à la lumière de la jurisprudence pertinente de la Cour. Le rapport s'achève par une brève conclusion.

2. LA CONVENTION DE 1975 SUR LE STATUT JURIDIQUE DES ENFANTS NÉS HORS MARIAGE : LA NECESSITE D'UNE REFORME

6. La Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975, qui a été ratifiée par 23 États et signée par 3 autres⁵, vise à aligner le statut des enfants nés hors mariage sur celui des enfants nés dans le mariage. L'idée que cette convention doive être révisée et modernisée est admise depuis longtemps⁶. En 1984, la Recommandation n° R(84) 4 sur les responsabilités parentales⁷ (« la Recommandation » ou « la Recommandation 84 (4) ») a été adoptée pour compléter la Convention. La recommandation énonçait 11 principes relatifs à l'attribution et l'exercice des responsabilités parentales. Il convient de noter que ces deux instruments présentaient quelques chevauchements/contradictions éventuelles⁸. En 2006 a été adopté le Livre blanc sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation⁹ (« le Livre blanc (2006) »), dont l'objectif ultime était de remplacer la Convention et la Recommandation (84) 4. Le Livre blanc énonçait

² Disponible sur [HUDOC-CEDH \(coe.int\)](https://hudoc.coe.int), consulté pour la dernière fois le 08/10/2021.

³ CDCJ (2011) 15, annexe II.

⁴ CDCJ (2011) 15, annexe III.

⁵ Conseil de l'Europe, Etat des signatures et ratifications du traité 085, disponible sur [Liste complète](#), dernière consultation le 29/09/2021.

⁶ Dès 1997, le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) du Conseil de l'Europe a chargé le Groupe de travail n° 2 sur le statut juridique des enfants d'élaborer un rapport qui énonce les principes relatifs à l'établissement du lien de filiation et à ses conséquences juridiques. Voir le Livre blanc (n 1).

⁷ Disponible sur [Result details \(coe.int\)](#), dernière consultation le 30/09/2021.

⁸ Par exemple, l'article 6 de la Convention et le principe 8 de la Recommandation ; et l'article 7 de la Convention et le principe 7(2) de la Recommandation, respectivement.

⁹ Livre blanc (n 1).

29 principes qui, en règle générale, actualisaient et remplaçaient ceux de la Recommandation 84 (4), sans suivre le même ordre ni procéder de manière exhaustive.

7. Le Livre blanc souffrait également d'un certain nombre de faiblesses sur le fond, notamment d'un manque de clarté à propos de l'attribution et de l'exercice des responsabilités parentales, le rapport entre filiation légale et responsabilités parentales, le chevauchement avec la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) (désormais achevée)¹⁰ et l'absence de prise en compte de la jurisprudence de la CEDH en matière de paternité.

8. Pour remédier aux lacunes de la Convention, de la Recommandation et du Livre blanc, un rapport intitulé « Une étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation »¹¹ (le « Rapport de 2008 ») a été établi par le professeur Nigel Lowe en 2008 et présenté sous forme de document de travail lors de la 38^{ème} réunion plénière du Comité d'experts sur le droit de la famille du Conseil de l'Europe en septembre 2009. Sur la base du Rapport de 2008, le projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales (« le projet de recommandation (2011) »)¹², accompagné du projet d'exposé des motifs du projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales (« le projet d'exposé des motifs (2011) »)¹³, a été établi et présenté aux États membres. Malheureusement, ce projet de recommandation n'a pas été adopté, principalement en raison de divergences d'opinions sur les questions relatives aux partenariats entre personnes de même sexe et à la procréation assistée¹⁴.

9. Le Rapport de 2008 faisait remarquer à juste titre que la Convention était dépassée, tant au niveau de la terminologie utilisée que de son contenu, notamment face à l'évolution rapide des techniques de procréation assistée et à l'évolution du modèle de vie familiale¹⁵. Sur le premier point, l'expression « enfants illégitimes », autrefois couramment utilisée, désignait les enfants dont les parents n'étaient pas mariés et dont la naissance n'était donc pas « conforme à la loi ». Le synonyme « enfants nés hors mariage » était également répandu pour qualifier les enfants nés de parents non mariés. Ces deux termes entraînaient une stigmatisation associée à la multiplicité des partenaires sexuels et ces enfants étaient victimes de préjugés sociaux et de discriminations légales. Il ne fait aucun doute que la formule « enfants nés hors mariage » est dépassée et ne devrait donc pas être utilisée dans une convention nouvelle ou révisée. Le deuxième problème de la Convention concerne le nombre croissant d'enfants nés dans des relations de cohabitation, de parents isolés, dans des familles homoparentales¹⁶ ou élevés dans des familles recomposées¹⁷. Il ne fait aucun doute que ces changements sont encore plus prononcés aujourd'hui qu'ils ne l'étaient il y a plus de dix ans, lorsque le rapport de 2008 a été rédigé, ce qui souligne la nécessité de moderniser la Convention.

¹⁰ STCE n° 202 (27.11.2008), disponible sur <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=202>, dernière consultation le 30/09/2021.

¹¹ CJ-FA (2008) 5, disponible à l'adresse [CJ-FA_2008_5 F 25 09 09 \(coe.int\)](https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=202), dernière consultation le 30/09/2021.

¹² CDCJ (2011) 15, annexe II.

¹³ CDCJ (2011) 15, annexe III.

¹⁴ CDCJ (2011) 15, annexe IV.

¹⁵ Rapport 2008 (n 1), 4-5.

¹⁶ Parfois appelées « familles arc-en-ciel ». Ce terme désigne « les familles composées d'un couple de même sexe et de leur(s) enfant(s) (...) [ou] des configurations parentales plus complexes, où les rôles parentaux sont répartis entre plus de deux personnes », in A. Tryfonidou, « EU Free Movement Law and the Children of Rainbow Families: Children of a Lesser God? » (2019) 38(1) Annuaire de droit européen 220, 221.

¹⁷ En 2018, la proportion de naissances hors mariage dans l'UE a atteint 42 %, soit une augmentation de 17 % par rapport aux données enregistrées en 2000. Les naissances hors mariage se produisent dans le cadre de relations non maritales, chez les couples qui vivent en cohabitation et chez les parents isolés. Eurostat, « 42% of Births in the EU are Outside Marriage », disponible à l'adresse <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/ddn-20200717-1>, dernière consultation le 30/09/2021.

10. La Convention comporte 16 articles et concerne *exclusivement* les enfants nés dans le mariage ou hors mariage. Au vu des évolutions sociales et médicales susmentionnées, la Convention est en partie dépassée, et son champ d'application est excessivement étroit. En outre, certaines dispositions de la Convention sont également contraires à la jurisprudence de la CEDH. Pour remédier à ces lacunes, la Convention doit être modernisée, *notamment* en tenant compte des nouvelles formes de famille évoquées plus haut, dans le cadre de la filiation légale et des responsabilités parentales, ainsi que de la situation des enfants nés grâce aux techniques de procréation assistée, y compris, à ce propos, des enfants nés dans des familles homoparentales. Il en résulterait une nouvelle convention contemporaine sur le statut juridique des familles, dont le champ d'application serait considérablement plus étendu que celui de la Convention de 1975 et qui refléterait les évolutions sociales et médicales évoquées ci-dessus. Cette réforme est attendue depuis longtemps et est encore plus urgente aujourd'hui qu'elle ne l'était à la fin des années 2000, lorsqu'elle a été proposée pour la première fois¹⁸.

3. PRINCIPAUX DOMAINES A ABORDER A LA LUMIERE DE LA JURISPRUDENCE RECENTE DE LA CEDH ET DE L'EVOLUTION DE LA SOCIETE

11. La présente section recense les principales lacunes du champ d'application et de la teneur de la Convention de 1975, telles que les précise la jurisprudence de la CEDH, en mettant l'accent sur les décisions postérieures à 2011 (c'est-à-dire celles qui ont été rendues après le précédent bilan de la Convention). À ce recensement s'ajoute une brève analyse préliminaire de la faisabilité d'une réforme dans chaque domaine. Les domaines abordés sont les suivants : 1. La maternité de substitution ; 2. La filiation et la parentalité des personnes de même sexe ; et 3. La filiation et la parentalité des personnes transgenres.

12. En guise d'introduction, il convient de faire la distinction entre les notions de filiation légale et de responsabilités parentales (qui équivaut à ce qu'on appelait autrefois « l'autorité parentale »). La filiation légale se fonde habituellement sur le lien génétique ou le lien génétique présumé avec l'enfant ; mais les progrès des techniques de procréation assistée ont rendu cette situation désormais beaucoup plus complexe¹⁹. La filiation légale concerne la personne légalement reconnue comme le parent d'un enfant, soit automatiquement *ab initio*, soit à l'issue de certaines mesures (par exemple, l'adoption)²⁰. Les responsabilités parentales désignent la prise en charge quotidienne d'un enfant et peuvent se définir comme « un ensemble d'obligations, de droits et d'autorité qui visent à promouvoir et à sauvegarder les droits et le bien-être de l'enfant en fonction de l'évolution de ses capacités²¹ ».

13. La plupart des affaires qui relèvent des trois catégories précitées concernent principalement le recours aux techniques de procréation assistée, par exemple le don d'ovules et de sperme et la fécondation in vitro. Il existe une abondante jurisprudence de la CEDH sur l'accès aux processus de procréation assistée²², mais ces affaires ne figurent pas au cœur de la présente étude. Les parties qui suivent portent plutôt uniquement sur la jurisprudence relative aux questions de filiation parentale et de responsabilités parentales.

¹⁸ Voir le rapport 2008 (n. 1) 40.

¹⁹ N. Lowe & G. Douglas, E. Hitchings and R. Taylor, *Bromley's Family Law*, Oxford University Press (2021) 388.

²⁰ Ibid. Notez que l'adoption n'entre pas dans le cadre de cette étude. Elle relève du champ d'application de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) (STCE n° 202), 27.11.2008.

²¹ Projet de recommandation 2011, Principe 20.

²² Voir, par exemple, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I; *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V ; *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, CEDH 2011. Voir également la décision de recevabilité de Charron et Merle-Montet c. France (22612/15) 16.01.2018 (déc.) (à propos d'un couple de femmes qui cherchaient à accéder à un traitement par FIV ; déclarée irrecevable car les requérantes n'avaient pas épuisé les voies de recours internes disponibles).

3.1. La maternité de substitution

3.1.1. Contexte

14. Une mère porteuse peut être définie comme une femme qui porte un enfant, conformément à un accord conclu avant qu'elle ne soit enceinte, dans le seul but que l'enfant à naître soit remis à une ou plusieurs autres personnes et que la mère porteuse renonce à tous ses droits sur lui. Il existe deux types de maternité de substitution : la procréation pour autrui classique et la gestation pour autrui²³. Dans la procréation pour autrui classique, la mère porteuse est fécondée par le sperme du futur père (généralement par insémination, rarement par des rapports sexuels) ou est inséminée avec le sperme d'un donneur. Par conséquent, la mère porteuse est génétiquement liée à l'enfant. Dans la gestation pour autrui, un embryon est créé par fécondation in vitro (FIV) à partir de l'ovule de la future mère (ou de l'ovule d'une donneuse) et du sperme du futur père (ou du sperme d'un donneur). Par conséquent, la mère porteuse n'a aucun lien génétique avec l'enfant (bien qu'elle ait un lien épigénétique avec l'enfant). Les conventions de maternité de substitution peuvent également être classées en conventions de maternité de substitution « altruiste » et de maternité de substitution « commerciale ». Dans les conventions de maternité de substitution altruiste, la mère porteuse est remboursée par les parents d'intention à hauteur du montant de ses dépenses raisonnables liées à la grossesse. En cas de maternité de substitution commerciale, la mère porteuse reçoit une rémunération supérieure au montant de ses dépenses raisonnables liées à la grossesse, bien que la limite entre maternité de substitution altruiste et commerciale soit souvent floue.

15. La maternité de substitution est de plus en plus utilisée pour fonder une famille. Il s'agit d'un sujet éthiquement sensible, et le traitement en droit interne de la maternité de substitution diffère selon les États membres du Conseil de l'Europe. De manière générale, certains législateurs nationaux ont réglementé la maternité de substitution, d'autres l'ont interdite²⁴, tandis que d'autres encore ne l'ont pas du tout abordée²⁵. Seule une petite minorité d'États membres du Conseil de l'Europe autorise et (à des degrés divers) réglemente la maternité de substitution, par exemple le Royaume-Uni²⁶, la Grèce²⁷, l'Ukraine²⁸, la Russie²⁹ et le Portugal³⁰. Pour ce qui est de la filiation légale à la naissance, on distingue deux approches alternatives : premièrement, la femme qui accouche est considérée comme la mère légale et son mari ou

²³ Voir, par exemple, J. Zuckerman, « Extreme Makeover - Surrogacy Edition : Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements » (2007-2008) 32 Nova Law Review 661, 662.

²⁴ Par exemple, la France et l'Allemagne.

²⁵ Par exemple, la Belgique et les Pays-Bas. Un aperçu comparatif complet et à jour des approches nationales de la maternité de substitution dans les États membres du Conseil n'est pas disponible et serait souhaitable. Pour une étude comparative plus ancienne, voir par exemple Parlement européen, « A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States » (2013), disponible à l'adresse suivante

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf) ; K.

Trimmings & P. Beaumont (eds.), *International Surrogacy Arrangements : Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing (2013) ; et J Scherpe et.al (eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia (2019).

²⁶ Voir M. Wells-Greco, « National Report on Surrogacy : Royaume-Uni » in Trimmings & Beaumont (n. 26) 367 ; et C. Fenton-Glynn, « The Tolerant Approach : England and Wales » in Scherpe et.al (n 26) 115. Voir également une proposition récente de réforme de la législation britannique relative à la maternité de substitution : Law Commission & Scottish Law Commission, « Building Families Through Surrogacy : A New Law (A Joint Consultation Paper) » (2019), disponible sur <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2019/06/Surrogacy-consultation-paper.pdf>, dernière consultation le 07/10/2021 ('Building Families Through Surrogacy').

²⁷ Voir K. Rokas, « National Report on Surrogacy : Greece » in Trimmings & Beaumont (n 26) 143 ; et E. Zervogianni, « The Regulatory Approach : Greece » in Scherpe et.al (n 26) 147.

²⁸ Voir G. Druzenko, « National Report on Surrogacy : Ukraine » in Trimmings & Beaumont (n 26) 357.

²⁹ Voir O. Khazova, « National Report on Surrogacy : Russia » in Trimmings & Beaumont (n 26) 311 ; et O. Khazova, « The Free Market Approach : Russia » in Scherpe et.al (n 26) 281.

³⁰ Voir R. Teixeira Pedro, « The Regulatory Approach : Portugal » in Scherpe et.al (n 26) 229.

conjoint comme le père (« l'approche gestationnelle »)³¹ ; deuxièmement, les parents d'intention sont considérés comme les parents légaux dès la naissance (« l'approche fondée sur l'intention »).³²

16. La diversité du traitement par le droit interne de la maternité de substitution a conduit à une généralisation de la recherche du pays à la législation la plus avantageuse, où des couples hétérosexuels infertiles, des couples homosexuels ou des célibataires désireux d'avoir un enfant par le biais d'une mère porteuse se rendent dans un autre pays, en choisissant à dessein ceux qui sont « favorables à la maternité de substitution »³³. Les conventions transfrontières de maternité de substitution donnent lieu à une série de problèmes éthiques et juridiques, dont le plus important est la question de la reconnaissance, dans le pays de résidence du ou des parents d'intention, de la filiation légale établie dans le pays de naissance.

17. Les organisations internationales et régionales ont réagi avec prudence à la pratique de la maternité de substitution. En 2015, le Parlement européen a adopté une résolution qui condamne toutes les formes de maternité de substitution³⁴. En 2016, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a rejeté un projet de recommandation visant à élaborer des « lignes directrices européennes en vue de sauvegarder les droits de l'enfant liés aux conventions de maternité de substitution », établie par la rapporteure Petra De Sutter³⁵. En 2019, la Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la vente d'enfants a fait part de ses préoccupations à propos de la pratique de la maternité de substitution commerciale (en particulier transfrontière) dans un rapport présenté au Conseil des droits de l'homme³⁶.

18. En parallèle, la Conférence de La Haye sur le droit international privé traite actuellement sur le plan législatif les problèmes de droit international privé posés par les enfants nés d'une maternité de substitution transfrontière³⁷, tandis que le Service social international a préparé,

³¹ C'est actuellement la règle au Royaume-Uni (bien que la révision en cours de la législation britannique sur la maternité de substitution ait proposé une évolution vers une « approche fondée sur l'intention » - voir "Building Families Through Surrogacy" (n. 27) ; c'est également la règle en Russie. Néanmoins, il convient de noter que le Royaume-Uni autorise les « ordonnances parentales », qui transfèrent le lien de filiation de la mère porteuse aux parents d'intention. Il existe également en Russie des dispositions qui permettant aux parents d'intention d'être enregistrés en qualité de parents légaux.

³² Cette approche a été adoptée en Grèce (elle s'applique sous réserve d'une approbation préalable de la convention de maternité de substitution par le juge) et en Ukraine (bien que la mère porteuse doive donner son consentement par acte notarié pour que les parents d'intention soient enregistrés comme parents de l'enfant). Au Portugal, la règle selon laquelle les parents d'intention sont les parents légaux de l'enfant dès sa naissance a été déclarée inconstitutionnelle par la décision n° 225/2018 de la Cour constitutionnelle portugaise.

³³ Les conventions transfrontières de maternité de substitution sont généralement commerciales et la majorité des parents d'intention dans ces conventions sont des couples occidentaux attirés par des services de maternité de substitution à faible coût et par la disponibilité immédiate de mères porteuses pauvres en Asie et en Europe de l'Est. En outre, certains États américains (par exemple, la Californie) sont devenus des centres du marché mondial de la maternité de substitution commerciale transfrontière. Néanmoins, il convient de noter que face aux violations des droits de l'homme, un certain nombre de pays asiatiques ont récemment adopté une législation qui interdit l'accès des étrangers aux services de maternité de substitution (par exemple, l'Inde, la Thaïlande et le Népal).

³⁴ Parlement européen, « Rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière », (2015/2229(INI)), [114], disponible sur https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_FR.html, dernière consultation le 07/10/2021.

³⁵ Voir Assemblée parlementaire, « Vote sur Recommandation », disponible à l'adresse <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-FR.asp?VoteID=36189&DocID=16001&MemberID=>, dernière consultation le 07/10/2021.

³⁶ Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant, A/74/162, 2019, disponible sur <https://undocs.org/fr/A/74/162>, dernière consultation le 07/10/2021. Dans ce rapport, la Rapporteuse spéciale note l'existence de pratiques abusives dans un cadre aussi bien réglementé que non réglementé ; elle s'inquiète du fait que le recours, dans des États aux économies émergentes, à des mères porteuses pour le compte de parents d'intention plus fortunés et provenant d'autres États entraîne un rapport de force déséquilibré et présente des risques tant pour les enfants que pour les mères porteuses.

³⁷ Voir Conférence de La Haye de droit international privé, « Filiation/Maternité de substitution », disponible à l'adresse <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>, dernière consultation le 07/10/2021 (« HCCH Filiation/Maternité de substitution »).

à propos des droits de l'enfant, un ensemble de principes (appelés « Principes de Vérone ») pour aider les législateurs et les autres parties prenantes dans leurs initiatives de résolution des problèmes que pose la maternité de substitution³⁸.

3.1.2. Jurisprudence de la CEDH sur la maternité de substitution

19. La jurisprudence de la CEDH dans le domaine de la maternité de substitution porte essentiellement sur la pratique de la maternité de substitution transfrontière, en particulier sur la reconnaissance dans le pays de résidence des parents d'intention d'un lien de filiation établi dans le pays de naissance³⁹. La principale affaire dans ce domaine est l'affaire *Menesson c. France*⁴⁰ (jugée conjointement avec l'affaire *Labassee c. France*⁴¹). Ces affaires concernaient le refus d'accorder une reconnaissance juridique en France à des relations parent-enfant qui avaient été légalement établies aux États-Unis entre des enfants nés à la suite d'une maternité de substitution transfrontière et leurs parents d'intention. Dans les deux cas, les parents d'intention étaient un couple hétérosexuel marié. Les enfants avaient été conçus à l'aide du sperme des futurs pères et d'ovules de donneuses. Des décisions de justice rendues respectivement en Californie et au Minnesota ont statué que les futurs parents étaient les parents légaux des enfants ; les actes de naissance établis aux États-Unis ont transcrit concrètement la teneur des décisions de justice. Les autorités françaises ont cependant refusé d'inscrire la mention des actes de naissance sur les registres de l'état civil français. Les couples ont alors porté l'affaire devant les tribunaux. Leurs demandes ont été rejetées en dernière instance par la Cour de Cassation française, qui a considéré que les décisions des tribunaux de Californie et du Minnesota étaient incompatibles avec l'ordre public international français, car elles contenaient des dispositions contraires aux principes fondamentaux du droit français, notamment le principe d'inaliénabilité de l'état civil. La Cour a également considéré que l'enregistrement de la mention des actes de naissance donnerait effet à une convention de maternité pour autrui, nulle et non avenue pour des raisons d'ordre public au regard du Code civil français. Les couples ont ensuite porté l'affaire devant la CEDH. Dans les deux cas, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 8 de la Convention sur le droit des futurs parents au respect de leur vie familiale dans la mesure où, malgré l'absence de reconnaissance légale de la filiation, la famille était en mesure de vivre ensemble dans une situation largement comparable à celle d'autres familles et ne risquait pas de se séparer⁴² ; elle a en revanche conclu à la violation de l'article 8 de la Convention pour ce qui est du droit des enfants au respect de leur vie privée.

20. La Cour a noté qu'il n'existait pas en Europe de consensus sur la légalité des conventions de maternité de substitution ou sur la reconnaissance juridique de la relation entre les parents d'intention et les enfants légalement conçus à l'étranger à la suite de telles conventions. Cette absence de consensus témoigne du fait que le recours à la maternité de substitution soulève des questions éthiques difficiles. En conséquence, les États doivent jouir d'une large marge d'appréciation dans la prise de décisions relatives aux mères porteuses. Mais en matière de filiation légale, cette marge d'appréciation doit être réduite. La filiation légale est en effet intrinsèquement liée à l'identité d'une personne, et le droit d'établir son

³⁸ Service social international, « Principes pour la protection des droits des enfants nés par recours à la maternité de substitution (Principes de Vérone) », 2021, disponibles à l'adresse [VeronaPrinciples_25February2021.pdf](https://www.bettercarenetwork.org/verona-principles-25february2021.pdf) (bettercarenetwork.org), dernière consultation le 07/10/2021 (« Principes de Vérone »). Les principes ont été approuvés par la Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants (2012-2020), ainsi que par les membres du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies.

³⁹ Pour un aperçu détaillé de la jurisprudence, voir K. Trimmings, « Surrogacy Arrangements and the Best Interests of the Child : The Case Law of the European Court of Human Rights » in E. Bergamini & C. Ragni, *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia (2019) 187-207.

⁴⁰ *Menesson c. France*, n° 65192/11, CEDH 2014 (extraits).

⁴¹ Voir également *Labassee c. France*, n° 65941/11, 26 juin 2014.

⁴² Pour une critique de cette « formulation négative du droit au respect de la vie familiale », voir C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press (2021) 253, qui soutient que cette approche établit « une nette distinction entre les formes « conventionnelles » de reproduction et les nouvelles formes de familles », p. 253.

identité est à son tour associé au droit au respect de la vie privée en vertu de l'article 8. Ce droit « implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation »⁴³. Le refus de reconnaître en France le lien de filiation établi aux États-Unis « porte atteinte à [l']identité [des enfants] au sein de la société française »⁴⁴. Ce refus est particulièrement inquiétant lorsque, comme en l'espèce, « l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant »⁴⁵. La Cour a ensuite cherché à savoir si le droit français offrait aux parents d'intention un recours alternatif, tel que la possibilité d'établir le lien de filiation en droit interne, par exemple par le biais d'une déclaration de paternité ou d'une adoption. Cette recherche a toutefois abouti à la conclusion que non seulement les autorités françaises refusaient d'enregistrer les détails des actes de naissance américains, mais que d'autres voies telles que la déclaration de paternité ou l'adoption étaient incompatibles avec la jurisprudence de la Cour de Cassation. Cette situation était clairement incompatible avec l'intérêt supérieur des enfants⁴⁶. En conséquence, la Cour a jugé que la France avait dépassé les limites admissibles de sa marge d'appréciation et violé le droit des enfants au respect de leur vie privée⁴⁷.

21. Alors que la reconnaissance automatique doit être accordée au futur père biologique, il suffit, pour que la mère d'intention voie sa situation juridique reconnue – avec ou sans lien génétique – qu'elle soit autorisée à procéder à une adoption en qualité de beau-parent, car l'adoption produit des effets similaires à l'enregistrement des données d'état-civil étrangères⁴⁸. En d'autres termes, il n'y a aucune obligation de reconnaître *ab initio* le lien de filiation légal entre l'enfant et la mère d'intention ; il suffit que le mécanisme qui permet d'établir le lien de filiation légal manquant soit suffisamment rapide et efficace⁴⁹.

3.1.3. Commentaire

22. Il importe de noter que, dans l'affaire *Mennesson*, la Cour a reconnu que l'article 8 n'oblige pas les États à légaliser la maternité de substitution⁵⁰. Les États sont donc libres d'interdire la maternité de substitution au niveau national, une solution prudente vu l'absence de terrain d'entente entre les États membres du Conseil de l'Europe sur la pratique de la maternité de substitution. Néanmoins, à la lumière du recours croissant à la maternité de substitution comme méthode de procréation, il serait judicieux d'insérer dans une convention nouvelle/révisée des dispositions relatives à la filiation légale dans le cadre de la maternité de substitution. Nous proposons ici que ces dispositions précisent que les États sont libres d'adopter ou non une législation qui régleme la maternité de substitution. Il importe tout

⁴³ *Mennesson c. France*, n° 65192/11, CEDH 2014 (extraits) (n. 41).

⁴⁴ *Ibid* [96].

⁴⁵ *Ibid* [100]. Voir également *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017 (en l'absence de ce lien génétique, aucune « vie familiale » n'existait entre l'enfant et les parents d'intention, en dépit du fait qu'ils avaient pris soin de l'enfant pendant les huit premiers mois de sa vie. L'affaire concernait la séparation et le placement en vue de son adoption d'un enfant conçu à l'étranger par le biais d'une mère porteuse et ramené en Italie en violation de la législation italienne en matière d'adoption ; et *Valdís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande*, n° 71552/17, 18 mai 2021 (la non-reconnaissance de la filiation entre des parents et un enfant non biologique né à l'étranger d'une mère porteuse, tout en préservant un lien par le biais d'un placement familial, n'a pas porté atteinte aux droits consacré par l'article 8. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une « vie familiale » avait existé car, contrairement à l'affaire *Paradiso*, l'enfant avait été confié de manière ininterrompue aux futurs parents pendant quatre ans et la relation avait été renforcée non seulement par le passage du temps, mais aussi par le dispositif de placement familial légalement établi).

⁴⁶ La Cour a rappelé que le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant doit « guider toute décision », y compris, comme en l'espèce, une décision qui porte sur la reconnaissance de la filiation légale établie à l'étranger par le biais d'une maternité de substitution transfrontière. *Mennesson* (n. 41) [99].

⁴⁷ Néanmoins, la Convention ne peut pas obliger les États à autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient la possibilité préalable de procéder à certains contrôles juridiques pertinents en matière d'immigration - voir *D. et autres c. Belgique* (29176/13) 08.07.2014. La jurisprudence *Mennesson* a été suivie dans d'autres affaires de maternité de substitution transfrontière, par exemple *Laborie c. France* (44024/13) 19.01.2017 ; *Foulon et Bouvet c. France* (9063/14 et 10410/14) 21.07.2016.

⁴⁸ Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention (10.04.2019) (« Avis consultatif »).

⁴⁹ *Ibid*. Sur ce point, voir également *D c. France* (11288/18) 16.7.2020.

⁵⁰ *Mennesson* (n. 41) [62]. Voir également *Paradiso et Campanelli* (n. 46) [100].

autant qu'un instrument nouveau/révisé précise que son but n'est pas de promouvoir la maternité de substitution commerciale. On peut y parvenir, notamment, par un choix judicieux de la formulation : par exemple en privilégiant le terme « parents d'intention » au détriment de celui de « parents commanditaires ». Les dispositions relatives à la maternité de substitution d'une convention nouvelle/révisée pourraient reprendre celles du projet de recommandation de 2011. Ces dernières posent pour principe par défaut que la mère biologique doit être considérée comme la mère légale de l'enfant, tout en permettant aux États de s'écarter de cette règle en cas de maternité de substitution, s'ils le souhaitent⁵¹. (À ce propos, on pourrait envisager d'encourager les États qui légifèrent ou prévoient de légiférer sur la maternité de substitution, par le biais d'un mécanisme approprié, à respecter les Principes de Vérone pour la protection des droits des enfants nés par recours à la maternité de substitution⁵², afin de s'assurer que leur cadre juridique applicable à la maternité de substitution est conforme aux droits de l'enfant).

23. Une question distincte, qui découle de la jurisprudence *Menesson*, se pose pour une convention nouvelle/révisée : cet instrument doit-il empiéter sur le domaine du droit international privé et inscrire effectivement dans la loi les obligations formulées dans l'arrêt *Menesson* et complétées par l'avis consultatif⁵³ ? Cette solution pose problème, car elle risquerait d'empiéter sur les travaux de la Conférence de La Haye sur le droit international privé qui, comme nous l'avons indiqué plus haut, œuvre actuellement à l'élaboration d'un instrument de droit international privé sur la filiation légale, qui devrait comporter un protocole distinct sur la filiation légale établie à la suite de conventions internationales de maternité de substitution⁵⁴. En outre, l'ingérence dans le domaine du droit international privé conduirait à s'écarter de l'approche généralement adoptée par le projet de recommandation de 2011 : la recommandation ne traite pas des questions de droit international privé⁵⁵. D'autre part, l'approche centrée sur l'enfant adoptée dans l'affaire *Menesson*⁵⁶ doit être saluée. En effet, la France, l'Allemagne et l'Espagne autorisent désormais l'enregistrement d'un enfant né d'une mère porteuse par un parent d'intention, à condition qu'il existe un lien génétique⁵⁷. L'intégration de l'approche *Menesson* dans la convention nouvelle/révisée renforcerait sans aucun doute la protection juridique des enfants nés par recours à une maternité de substitution transfrontière. En même temps, cependant, cette voie (et par extension toute disposition connexe dans une convention nouvelle/révisée) peut susciter des inquiétudes, car on peut y voir une façon d'encourager involontairement les éventuels parents d'intention à contourner la législation nationale qui interdit la maternité de substitution et à recourir à la maternité de substitution transfrontière (commerciale).

⁵¹ Voir respectivement le principe 7(1) et le principe 7(3).

⁵² Principes de Vérone (n. 39).

⁵³ Avis consultatif (n. 49).

⁵⁴ Projet de la HCCH sur la filiation et la maternité de substitution (n 38).

⁵⁵ Projet d'exposé des motifs 2011 [9].

⁵⁶ Cette approche a été décrite avec justesse comme suit : « même si les parents n'avaient pas droit à une reconnaissance en droit, l'enfant avait le droit qu'ils soient reconnus. Fenton-Glynn (n. 43) 252.

⁵⁷ Ibid 66.

3.2. La filiation et la parentalité des personnes de même sexe⁵⁸

3.2.1. Jurisprudence de la CEDH sur les partenariats entre personnes de même sexe

24. Au cours de la dernière décennie, la Cour a adopté une approche de plus en plus libérale à l'égard des partenariats entre personnes de même sexe⁵⁹. Bien qu'elle ait reconnu que les États étaient libres de limiter l'accès au mariage aux couples de sexe différent⁶⁰ et qu'ils disposaient d'une marge d'appréciation pour choisir la forme la plus appropriée d'enregistrement des unions de même sexe (en tenant compte du contexte social et culturel particulier, par exemple le partenariat civil, l'union civile ou la loi de solidarité sociale)⁶¹, elle a jugé que lorsque le droit interne ne prévoit aucun cadre juridique capable de protéger les relations entre personnes de même sexe, l'État outrepassa sa marge d'appréciation⁶². Selon la Cour, le fait de permettre aux couples de même sexe d'accéder à une reconnaissance officielle de leur statut sous une forme autre que le mariage n'est pas en contradiction avec la conception traditionnelle du mariage⁶³.

25. L'autre indication de l'approche favorable de la Cour à l'égard des partenariats entre personnes de même sexe est son interprétation de la notion de « vie familiale » en la matière. La Cour a en particulier estimé que la notion de vie familiale (et de vie privée) s'applique aux couples de même sexe qui vivent dans une relation stable au même titre qu'un couple hétérosexuel⁶⁴. Ce principe a été énoncé pour la première fois dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*⁶⁵, où la Cour a considéré que la relation qu'entretenaient les requérants, un couple de même sexe vivant en concubinage dans le cadre d'un partenariat *de fait* stable, entrainait dans le champ d'application de la notion de « vie familiale », tout comme le ferait la relation entre les membres d'un couple de sexe différent qui se trouverait dans la même situation.

26. La Cour a également établi que la relation entre deux femmes qui avaient conclu un partenariat civil et vivaient ensemble, ainsi que l'enfant conçu par l'une d'elles grâce à un recours à la procréation assistée, mais élevé par les deux, étaient constitutifs d'une vie familiale au sens de l'article 8⁶⁶.

27. Toutefois, malgré ces décisions, l'approche adoptée par la Cour à l'égard de la filiation et de la parentalité des personnes de même sexe est restée assez restrictive, au point que certains commentateurs aient fait remarquer à juste titre à ce propos que « les couples de

⁵⁸ La distinction entre « filiation » et « parentalité » est ici délibérée, car la « filiation » fait référence au statut de parent légal (c'est-à-dire à l'existence d'un lien de filiation entre l'enfant et l'adulte), tandis que la « parentalité » désigne la prise en charge quotidienne de l'enfant (c'est-à-dire le fait que l'adulte soit titulaire de responsabilités parentales à l'égard de l'enfant (on parlait autrefois couramment de « d'autorité parentale »)).

⁵⁹ Voir, par exemple, *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], nos 29381/09 et 32684/09, CEDH 2013 (extraits) (l'exclusion des couples de même sexe des « unions civiles » constitue une violation de l'article 14, combiné à l'article 8) ; *Oliari et autres c. Italie*, nos 18766/11 et 36030/11, 21 juillet 2015 (l'absence de reconnaissance légale des partenariats de même sexe constitue une violation de l'article 8) ; *Orlandi et autres c. Italie*, nos 26431/12 et 3 autres, 14 décembre 2017 (le refus d'enregistrer les mariages entre personnes de même sexe contractés à l'étranger constitue une violation de l'article 8) ; et *Fedotova et autres c. Russie*, nos 40792/10 et 2 autres, 13 juillet 2021 (l'absence de toute possibilité de faire reconnaître officiellement les relations entre personnes de même sexe constitue une violation de l'article 8). Voir également *Formela c. Pologne* (58828/12, 40795/17, 55306/18, 55321/18) requêtes (pendantes) communiquées au Gouvernement polonais le 20 juin 2020 (requêtes introduites par des couples de même sexe, qui considèrent que le droit polonais ne leur permet pas de se marier ou de contracter un autre type d'union civile).

⁶⁰ *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010 et *Chapin et Charpentier c. France*, n° 40183/07, 9 juin 2016 (cette restriction est admissible au titre de l'article 14, combiné à l'article 8).

⁶¹ *Fedotova et autres c. Russie*, nos 40792/10 et 2 autres, 13 juillet 2021.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], nos 29381/09 et 32684/09, CEDH 2013 (extraits) ; *X et autres c. Autriche* [GC], n°19010/07, CEDH 2013 ; *P.B. et J.S. c. Autriche*, n°18984/02, 22 juillet 2010 ; et *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010 (n° 61).

⁶⁵ *Schalk et Kopf c. Autriche* (n° 61).

⁶⁶ *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, CEDH 2012 ; *X et autres c. Autriche* (n° 65).

même sexe restent des citoyens de seconde zone devant la Cour »⁶⁷. Ce constat vaut autant pour la filiation légale que pour les responsabilités parentales. Dans l'affaire *Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas*⁶⁸, la Cour a déclaré irrecevable une requête introduite par deux femmes qui entretenaient une relation homosexuelle et avaient demandé à être investies toutes deux de l'autorité parentale sur un enfant né par insémination artificielle de l'une d'elles. De même, dans une affaire plus récente, *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*⁶⁹, la Cour a jugé irrecevable une requête qui concernait le refus d'inscrire une femme enregistrée comme partenaire civile de la mère sur l'acte de naissance de son enfant, car « il n'existe pas de fondement factuel à la présomption légale selon laquelle l'enfant descendrait de l'autre partenaire »⁷⁰. De même, dans l'affaire *Bonnaud et Lecoq c. France*⁷¹, la Cour a déclaré irrecevable la requête d'un couple français de même sexe qui élevait deux enfants dans une cellule familiale où chacune des femmes avait donné naissance à l'un des enfants en ayant recours à la procréation assistée ; toutes deux avaient demandé aux juridictions nationales l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur chaque enfant⁷². La Cour a estimé que les requérantes n'avaient pas démontré en quoi cette situation serait favorable à l'intérêt supérieur des enfants et, en tout état de cause, qu'elles n'avaient pas rencontré de difficultés pratiques dans leur vie familiale quotidienne. Enfin, dans l'arrêt *Honner c. France*⁷³ rendu en 2020, la Cour a conclu que le refus, par la juridiction interne, d'accorder à la requérante un droit de visite de l'enfant auquel son ex-compagne avait donné naissance en Belgique grâce à des techniques de procréation assistée à l'époque où les deux femmes formaient un couple ne constituait pas une violation de l'article 8, et ce malgré le fait que la requérante avait élevé l'enfant pendant ses premières années. La Cour a estimé que la décision de la juridiction interne était bien motivée et fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

28. Néanmoins, dans deux affaires qui portaient toutes deux sur les responsabilités parentales, la Cour a conclu à la violation des droits accordés aux requérants par la Convention en raison de leur orientation sexuelle. Premièrement, dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*⁷⁴ de 1999, la Cour a estimé que le refus d'accorder la garde d'un enfant à un parent qui entretenait une relation homosexuelle constituait une violation des droits garantis par les articles 14 et 8. Bien plus récemment, dans l'affaire *X. c. Pologne*⁷⁵ de 2021, la Cour a jugé que la décision prise par les autorités nationales de retirer à la requérante la garde de ses enfants était fondée exclusivement ou de manière déterminante, sur des considérations liées à son orientation sexuelle, et qu'elle constituait donc une violation de l'article 14 de la Convention, combiné à l'article 8.

⁶⁷ Fenton-Glynn (n. 43) 249. Voir, par exemple, *Gas et Dubois c. France* (n. 67) (le refus de rendre une ordonnance d'adoption simple en faveur de la partenaire homosexuelle de la mère biologique ne constitue pas une violation de l'article 14).

⁶⁸ *Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas*, n°15666/89, 19 mai 1992 (déc.).

⁶⁹ *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, n°8017/11, 7 mai 2013.

⁷⁰ Ibid. [30]. La Cour observe qu'il ne s'agit pas d'une affaire de transsexualité ou de maternité de substitution. Dès lors, lorsque l'un des membres d'un partenariat entre deux personnes de même sexe donne naissance à un enfant, « on peut exclure pour des motifs biologiques que l'enfant descende de l'autre partenaire ». Ibid.

⁷¹ *Bonnaud et Lecoq c. France*, n°6190/11, 6 février 2018 (déc.).

⁷² Voir également les affaires pendantes suivantes : *R.F. et autres c. Allemagne*, n°46808/16, requête communiquée au Gouvernement allemand le 13 janvier 2017 ; et *S.W. et autres c. Autriche*, n°1928/19, requête communiquée au Gouvernement autrichien le 12 février 2019 (refus de délivrer un acte de naissance indiquant que les deux parents de l'enfant sont ses mères après adoption de cet enfant par la partenaire de la mère biologique dans un couple de même sexe).

⁷³ *Honner c. France*, n° 19511/16, 12 novembre 2020.

⁷⁴ *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, CEDH 1999-IX.

⁷⁵ *X c. Pologne*, n° 20741/10, 16 septembre 2021. Note : au moment de la rédaction, cet arrêt n'était pas encore définitif.

3.2.2. Commentaire

29. Les universitaires s'accordent à dire que la position adoptée par la Cour sur les droits parentaux des couples de même sexe n'est pas satisfaisante⁷⁶. Cette position s'explique pour l'essentiel par le traitement différent des droits des couples de même sexe d'un État membre du Conseil de l'Europe à un autre, qui découle lui-même en partie du fait que, dans de nombreux États membres, les droits des personnes de même sexe (y compris les droits parentaux) représentent une question politique. En conséquence, la Cour a interprété les droits de la Convention dans le domaine des droits parentaux des personnes de même sexe en tenant compte de l'absence de consensus des membres du Conseil sur cette question, c'est-à-dire de manière aussi apolitique et non controversée que possible, malgré les conflits d'interprétation de la CEDH qui en découlent et la différence de traitement substantielle entre les familles traditionnelles (hétérosexuelles) et les familles homosexuelles. Étant donné l'absence de terrain d'entente sur les partenariats entre personnes de même sexe parmi les États membres du Conseil de l'Europe, la Cour, en sa qualité d'instance juridictionnelle supranationale, se trouve dans une position difficile, ce qui peut se comprendre : elle « ne peut pas aller trop vite, car elle a besoin de coopération pour donner autorité [à son interprétation] et assurer le respect de ses arrêts »⁷⁷. Cette position affaiblit toutefois la légitimité de l'institution chargée de faire respecter les droits de l'homme qu'est la Cour, car « des règles différentes s'appliquent aux pratiques socialement ancrées et à celles qui sont nouvellement apparues ou qui ne sont pratiquées que par une minorité »⁷⁸. En outre, elle conduit également à traiter les enfants différemment en fonction des circonstances de leur naissance, ce qui est contraire à l'article 2 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant⁷⁹. À ce propos, certains font remarquer à juste titre que « pour un enfant né de la procréation naturelle d'un couple hétérosexuel, et qui vit avec eux en famille, son intégration légale dans cette famille est essentielle au respect de l'article 8. Pour un enfant né d'un couple de même sexe [...] qui se trouve dans la même situation, l'absence d'ingérence de l'État dans leur relation sociale suffit, sans qu'il ait l'obligation de la reconnaître en droit »⁸⁰.

30. Les droits parentaux des personnes de même sexe relèvent de la marge d'appréciation de l'État, de sorte que leur traitement d'un État à l'autre manque de cohérence. Actuellement, seuls quelques pays européens offrent une protection juridique complète aux familles homosexuelles, à un niveau équivalent à celui des familles hétérosexuelles. La plupart des pays européens n'accordent qu'une protection partielle et certains n'assurent pas la moindre protection⁸¹. Comme l'ont souligné les spécialistes, cette situation a donné lieu à un « patchwork de droits pour les enfants », qui ne leur garantit pas la jouissance de l'ensemble de leurs droits et crée des obstacles pratiques et émotionnels. Les enfants de familles homoparentales, sans lien légal avec leurs deux parents sociaux, risquent de grandir dans l'insécurité car ils peuvent être séparés de leurs parents en cas de divorce ou de décès du seul parent légalement reconnu. Cette situation peut également les empêcher de bénéficier de la couverture d'assurance maladie, des prestations sociales, de l'obligation d'entretien, de la nationalité et de la succession, notamment⁸².

⁷⁶ Voir, par exemple, D.A. Gonzalez-Salzberg, *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights : A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing (2019) 150-154 ; A. Tryfonidou, « The Parenting Rights of Same-Sex Couples under European Law » (2020) 25(2) *Marriage, Families and Spirituality* 176-194, disponible sur <http://centaur.reading.ac.uk/90835/>, dernière consultation le 06/10/2021 ; P. Dunne, « Who Is a Parent and Who Is a Child in a Same-Sex Family ? - Legislative and Judicial Issues for LGBT Families Post-Separation, Part I : The European Perspective » (2017) 30(1) *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 27-54 ; L. Hodson, « Ties That Bind : Towards a Child-Centred Approach to Lesbian, Gay, Bi-Sexual and Transgender Families Under the ECHR » (2012) 20 *International Journal of Children's Rights* 501 ; et Tryfonidou (n 16) 220.

⁷⁷ Fenton-Glynn (n. 43) 250.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid 251.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ ILGA Europe, « Why is the Work on LGBTI Family Issues so Important? », disponible à l'adresse [Family | ILGA-Europe](http://www.ilga-europe.org/family), dernière consultation le 07/10/2021.

⁸² Ibid. Voir également Hodson (n 77) 517.

31. La reconnaissance des partenariats entre personnes de même sexe n'a pas progressé à un rythme uniforme partout en Europe⁸³. Certains pays européens se sont ouverts à l'égalité pour les familles de même sexe au cours de la dernière décennie, tandis que d'autres ont pris des mesures rigoureuses pour restreindre leurs droits au cours de la même période⁸⁴. Par conséquent, dans le domaine de la filiation légale, certains pays d'Europe reconnaissent pleinement la filiation et les droits parentaux des personnes de même sexe, tandis que d'autres n'offrent qu'une protection incomplète des familles de même sexe, voire maintiennent des lois discriminatoires⁸⁵. Bien que l'absence de terrain d'entente sur ces questions puisse être considérée comme un facteur susceptible d'entraver la modernisation de la Convention, il est clair qu'il existe une tendance parmi les États membres du Conseil de l'Europe à la reconnaissance juridique des couples de même sexe⁸⁶, qui a été renforcée par la récente jurisprudence de la CEDH sur les partenariats entre personnes de même sexe, comme nous l'avons indiqué plus haut. À long terme, cette tendance, éventuellement combinée à la démarche incitative des dispositions adéquates d'une convention nouvelle/révisée, pourrait être le prélude à une volonté plus marquée des États membres du Conseil de l'Europe de prendre en compte la filiation et la parentalité des personnes de même sexe dans leurs cadres juridiques. En conséquence, il y a lieu de recommander l'insertion dans une convention nouvelle/révisée de dispositions qui permettent d'établir juridiquement la filiation entre le parent non biologique et l'enfant *ab initio*, ainsi que de dispositions appropriées sur les responsabilités parentales, de manière à supprimer la discrimination à laquelle continuent d'être confrontés les enfants nés dans des familles homoparentales⁸⁷. Ces dispositions devraient toutefois préciser que les États disposent d'une large marge d'appréciation dans ce domaine.

32. Parmi les autres facteurs qui peuvent contribuer à faciliter le processus de modernisation de la convention afin de protéger les enfants nés dans des familles homoparentales, citons les initiatives pertinentes prises par les organisations internationales ou régionales, comme la Stratégie de l'UE en faveur de l'égalité des personnes LGBTIQ 2020-2025⁸⁸, récemment adoptée, qui doit servir de modèle aux gouvernements nationaux.

⁸³ Voir, par exemple, M. Digoix (ed.), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer International Publishing (2020) 45-72, disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02512475/document>, dernière consultation le 07/10/2021.

⁸⁴ ILGA Europe, « What is the Current Situation for LGBTI Families in Europe ? », disponible sur [Family | ILGA-Europe](#), dernière consultation le 07/10/2021. Par exemple, la restriction des dispositions constitutionnelles sur la définition du mariage et de la famille aux seuls mariages et familles de personnes de sexe différent en Hongrie en 2012 et en Croatie en 2013 ; la mise en place de lois interdisant ou invalidant les mariages entre personnes de même sexe ; et les propositions faites en Russie qui visent à retirer les enfants aux parents LGBTI. Ibid. Il semble qu'il existe un net clivage Est-Ouest : les 18 États membres qui n'avaient pas encore de législation ou prévoyaient de mettre en place le partenariat enregistré en 2017 étaient tous, à l'exception de la Turquie, d'anciens pays communistes d'Europe centrale ou orientale. K. Waaldijk, « Extending Rights, Responsibilities and Status to Same-Sex Families : Trends Across Europe », ministère des affaires étrangères du Danemark (2018) 8, disponible sur <https://rm.coe.int/extending-rights-responsibilities-and-status-to-same-sex-families-tran/168078f261>, dernière consultation le 07/10/2021.

⁸⁵ S. Palmaccio, D. Mazrekaj et K. De Witte, « Barriers to Same-Sex Parenting Remain in Europe and are Unfounded » (2021), disponible sur [Barriers to Same-Sex Parenting Remain in Europe and are Unfounded | Feature from King's College London \(kcl.ac.uk\)](#), dernière consultation le 07/10/2021. Pour une vue d'ensemble détaillée, voir la carte de l'Europe arc-en-ciel 2021 de l'ILGA - un outil d'analyse comparée annuelle, qui classe 49 pays d'Europe en fonction de leurs législations et politiques en matière d'égalité LGBTI, disponible sur <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2021>, dernière consultation le 07/10/2021.

⁸⁶ La Cour a fait remarquer que 24 des 47 États membres avaient légiféré en faveur de la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe. Voir également Waaldijk (n 85) 8, qui montre qu'en 2017, l'enregistrement du mariage et/ou du partenariat était accessible au niveau national aux couples de même sexe dans 26 États membres du Conseil de l'Europe (trois autres États devraient bientôt rejoindre cette liste).

⁸⁷ Voir la partie 4, « La filiation parentale ».

⁸⁸ Commission européenne, « Stratégie en faveur de l'égalité des personnes LGBTIQ 2020-2025 », disponible sur https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025_en, dernière consultation le 07/10/2021.

33. Enfin et surtout, les commentateurs universitaires ont proposé que la Cour adopte une « approche centrée sur l'enfant »⁸⁹ par défaut dans les affaires qui concernent les enfants, y compris pour les familles homoparentales⁹⁰. Une telle évolution signifierait que ces questions soient abordées du point de vue de l'enfant, plutôt que de celui de l'adulte ou des adultes requérant(s), et permettrait à la Cour de parvenir à des résultats impossibles à atteindre lorsqu'on adopte une approche centrée sur l'adulte.

34. Enfin, il convient d'examiner la question de l'opportunité de la prise en compte par une convention nouvelle/révisée des situations transfrontières dans lesquelles la filiation entre l'enfant et ses deux parents de même sexe a été légalement établie dans un pays, la famille cherchant ensuite à faire reconnaître légalement la filiation parent-enfant dans un autre pays⁹¹. Nous proposons ici qu'en l'absence de jurisprudence de la CEDH portant spécifiquement sur ce point, cet aspect ne soit pas pris en compte par le nouvel instrument ou sa version révisée. Ce choix s'explique par la volonté d'éviter la prolifération d'instruments juridiques dans ce domaine à la lumière des travaux actuels de la Conférence de La Haye de droit international privé sur un instrument de droit international privé sur la filiation légale⁹². En outre, en septembre 2021, la Présidente de la Commission européenne, Ursula von der Leyen, a annoncé au Parlement européen son intention de présenter un texte de loi sur la reconnaissance mutuelle de la filiation entre les États membres de l'UE. Cet engagement a également été inséré dans la stratégie en faveur de l'égalité des personnes LGBTIQ de l'UE, et une proposition de texte de loi a été annoncée pour 2022⁹³. L'exclusion des questions transfrontières du champ d'application d'une convention nouvelle/révisée s'alignera également sur le projet de recommandation de 2011 sur ce sujet. Comme l'explique l'exposé des motifs du projet de 2011, « la recommandation ne traite pas des questions de droit international privé. Par conséquent, rien dans cet instrument n'oblige *stricto sensu* les États membres à reconnaître un statut accepté par un autre État, par exemple les partenariats enregistrés, qu'ils ne reconnaissent pas eux-mêmes, et encore moins à l'adopter »⁹⁴

⁸⁹ Comme l'approche qui a été adoptée dans la jurisprudence sur la maternité de substitution internationale. Voir la partie 3.1.2. ci-dessus.

⁹⁰ Hodson (n. 77) 501. Voir également G. Alves de Faria, « Sexual Orientation and the ECtHR : What Relevance is Given to the Best Interests of the Child ? An analysis of the European Court of Human Rights' Approach to the Best Interests of the Child in LGBT Parenting Cases » (avril 2015), disponible sur [Sexual Orientation and the ECtHR: what relevance is given to the best interests of the child? An analysis of the European Court of Human Rights' approach to the best interests of the child in LGBT parenting cases · Family & Law · Family & Law \(familyandlaw.eu\)](#), dernière consultation le 07/10/2021.

⁹¹ Tryfonidou (n 77) 182.

⁹² Voir Conférence de La Haye de droit international privé, projet « Filiation/Maternité de substitution » (n 38).

⁹³ ILGA Europe, « Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe and Central Asia » (2021) 11, disponible sur [full annual review.pdf \(ilga-europe.org\)](#), dernière consultation le 07/10/2021. Voir également l'actualité du Parlement européen, « Same-Sex Marriages and Partnerships Should be Recognised Across the EU » (14.09.2021), disponible sur [Same-sex marriages and partnerships should be recognized across the EU | News | European Parliament \(europa.eu\)](#), dernière consultation le 07/10/2021.

⁹⁴ Projet d'exposé des motifs 2011 [9].

3.3. La filiation et la parentalité des personnes transgenres

35. La CEDH a été confrontée à un certain nombre d'affaires liées aux questions d'identité de genre⁹⁵, mais une seule des décisions rendues jusqu'à présent concernait la filiation légale⁹⁶. Dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni*⁹⁷, la Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale entre un transsexuel passé du sexe féminin au sexe masculin et l'enfant de sa partenaire, mais a estimé que l'absence de reconnaissance légale du lien de filiation entre le requérant et l'enfant ne constituait pas une violation des droits du requérant au titre de l'article 8. Le requérant ayant pu agir en qualité de parent social de l'enfant, l'absence de lien juridique n'a pas été considérée comme problématique. L'issue de cette affaire a été critiquée pour un certain nombre de raisons, notamment parce qu'elle démontre que la Cour « traite différemment les familles qui se conforment aux modèles familiaux hétérosexuels traditionnels et celles qui défient les normes sociales »⁹⁸. Cette affaire remonte cependant à près d'un quart de siècle et il est possible que son issue serait différente aujourd'hui.

36. Dans le domaine connexe des responsabilités parentales, dans l'affaire *A.M. et autres c. Russie*⁹⁹, la Cour a clairement indiqué que le fait qu'une personne subisse un changement de genre ne saurait justifier qu'on mette fin à ses droits de visite. Néanmoins, dans l'affaire *P.V. c. Espagne*¹⁰⁰, la Cour a jugé que l'impact négatif sur l'enfant du changement de genre du parent requérant pouvait être pris en compte.

37. Malgré une nette et constante tendance internationale à une plus grande acceptation sociale des transsexuels et à la reconnaissance légale de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels après leur opération¹⁰¹, le transsexualisme¹⁰² continue de soulever des questions juridiques, morales et sociales complexes qui ne font généralement pas l'objet d'une approche commune des États membres du Conseil de l'Europe, ce qui rend toute intervention législative difficile au niveau national, et plus encore au niveau régional.

⁹⁵ Voir par exemple, *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, série A n°106 ; *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, série A n° 184 ; *B. c. France*, 25 mars 1992, série A n° 232-C ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI ; *I. c. Royaume-Uni* [GC], n° 25680/94, 11 juillet 2002 ; *Parry c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42971/05, CEDH 2006-XV ; *R. et F c. Royaume-Uni*, n°35748/05, 28 novembre 2006 ; *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, CEDH 2003-VII ; *L. c. Lituanie*, n° 27527/03, CEDH 2007-IV ; *Hämäläinen c. Finlande* [GC], n° 37359/09, CEDH 2014 ; *Y. Y. c. Turquie*, n° 14793/08, CEDH 2015 (extraits) ; *S. V. c. Italie*, n° 55216/08, 11 octobre 2018 ; *Y. T. c. Bulgarie*, n° 41701/16, 9 juillet 2020 ; *X et Y c. Roumanie*, n° 2145/16, 19 janvier 2021.

⁹⁶ Voir également l'affaire pendante *O.H. et G.H. c. Allemagne*, n°53568/18 et n°54941/18 (communiquée au Gouvernement allemand le 06 février 2019) (un transsexuel passé du sexe féminin au sexe masculin, inscrit sous son ancien prénom féminin et en qualité de mère de l'enfant dans le registre des naissances, qui demande à être inscrit en qualité de père de l'enfant). Autre affaire pertinente pendante, celle de *Y.P. c. Russie*, n°8650/12 (communiquée au Gouvernement russe le 23 février 2017) (grief fait à l'État d'avoir manqué à son obligation positive de reconnaître non seulement le changement de genre du requérant, mais également son état civil et ses liens parentaux sans être tenu de révéler continuellement qu'il a subi un changement de genre).

⁹⁷ *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-II.

⁹⁸ Fenton-Glynn (n. 43) 250.

⁹⁹ *A.M. et autres c. Russie*, n° 47220/19, 6 juillet 2021.

¹⁰⁰ *P.V. c. Espagne*, n° 35159/09, 30 novembre 2010.

¹⁰¹ Pour une liste d'initiatives pertinentes, voir, par exemple, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Combatting Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity », disponible sur https://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx?gclid=Cj0KCQjw-4SLBhCVARIsACrhWLWz-36rHw95dbDYUhY0O0ZDYuJD82oZi4KKVaHfScF9V0FHL430SOMaAlqHEALw_wcB, dernière consultation le 07/10/2021.

¹⁰² En outre, des questions juridiques complexes peuvent se poser pour les personnes intersexes (c'est-à-dire les personnes qui ne peuvent être classées ni comme « homme » ni comme « femme » car elles présentent des caractéristiques de genre mixtes). Voir par exemple les affaires en cours *Y c. France*, n°76888/17 (requête communiquée au Gouvernement français le 8 juillet 2020) ; *M c. France*, n°42821/18 (requête communiquée au Gouvernement français le 22 septembre 2020) ; et *L.B. c. France*, n°67839/17 (requête communiquée au Gouvernement français le 18 mars 2021).

38. Parmi les questions juridiques, celles qui concernent la filiation légale sont particulièrement complexes, car, même lorsque la reconnaissance légale du genre existe¹⁰³, les répercussions du changement de genre sur la filiation légale ne sont généralement pas prises en compte par le législateur. Il importe que l'acte de naissance des enfants, et plus généralement le droit, reconnaisse les réalités de leur existence et de leurs relations familiales. Par conséquent, la législation doit être suffisamment souple pour permettre aux parents de choisir le titre parental inscrit sur l'acte de naissance de leurs enfants ou, à défaut, pour rendre neutres du point de vue du genre tous les documents relatifs à la filiation légale. Il serait donc utile d'insérer dans une convention nouvelle/révisée une ou plusieurs dispositions adéquates pour atteindre cet objectif. Il est néanmoins admis que l'absence de terrain d'entente sur les questions transgenres en général entre les États membres du Conseil de l'Europe peut rendre cette proposition difficile à mettre en œuvre à ce stade.

4. RECOMMANDATIONS DÉTAILLÉES EN VUE DE LA RÉFORME DE LA CONVENTION DE 1975 À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA CEDH

39. La présente section contient une liste détaillée de recommandations en vue de la réforme de la Convention de 1975. Les propositions de dispositions figurent sous les intitulés correspondants et sont examinées à la lumière de la jurisprudence récente de la CEDH. Les questions abordées dans la partie 3 du présent rapport ne sont pas commentées dans cette partie, et le lecteur est invité à se référer aux sections pertinentes de la partie 3. Pour plus de clarté, dans la présente partie, la jurisprudence figure dans des encadrés et les principales indications données par la Cour sont signalées en bleu.

4.1. Le principe général de non-discrimination

40. L'interdiction de la discrimination est consacrée à l'article 14 de la CEDH. Néanmoins, la Convention de 1975 ne contient pas de principe général de non-discrimination. Cette lacune devrait être comblée dans une nouvelle convention/convention révisée en intégrant à ses dispositions un article général interdisant la discrimination des enfants fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, la nationalité, l'origine ethnique ou sociale, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, le handicap, la fortune, la naissance ou toute autre situation, y compris lorsque ces éléments concernent les parents ou les titulaires de la responsabilité parentale. Cette disposition devrait être suivie d'un paragraphe distinct soulignant que les enfants ne devraient faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur l'état civil de leurs parents. Cette dernière disposition devrait préciser qu'elle ne doit pas être interprétée comme obligeant *stricto sensu* les États membres à reconnaître toutes les formes de partenariat, par exemple les couples homosexuels.

¹⁰³ Pour un aperçu comparé des approches législatives en la matière, voir Réseau européen des experts juridiques en matière d'égalité des sexes et de non-discrimination, « Trans and Intersex Equality Rights in Europe - A Comparative Analysis », Commission européenne (2018), 54-67, disponible sur https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/trans_and_intersex_equality_rights.pdf, dernière consultation le 07/10/2021.

Dès 1979, la Cour a jugé que les limitations aux droits des enfants fondées sur la naissance étaient incompatibles avec la Convention¹⁰⁴. Depuis lors, elle n'a eu de cesse de réaffirmer ce principe fondamental, érigeant l'interdiction de discrimination fondée sur le caractère « naturel » du lien de filiation en norme de protection de l'ordre public européen¹⁰⁵. Dans l'affaire *Fabris c. France*¹⁰⁶, la Cour a observé que « la communauté de vue entre les États membres du Conseil de l'Europe quant à l'importance de l'égalité de traitement entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage est établie depuis longtemps, ce qui a d'ailleurs conduit aujourd'hui à l'uniformité des législations nationales en la matière – le principe d'égalité faisant disparaître les notions même d'enfant légitime et naturel – ainsi qu'à une évolution sociale et juridique qui entérine définitivement l'objectif d'égalité entre les enfants ».¹⁰⁷ Il importe de noter que, dans cette affaire, la Cour a expressément cité le projet de recommandation de 2011 et approuvé les dispositions de non-discrimination qui y sont contenues.¹⁰⁸

Il convient toutefois de noter que toute différence de traitement n'est pas contraire à l'article 14. Par exemple, une différence de traitement peut être justifiée lorsqu'elle poursuit un but légitime et que les moyens employés sont appropriés et nécessaires (par exemple, lorsqu'elle sert les intérêts de la sécurité juridique, valeur sous-jacente à la Convention¹⁰⁹). Néanmoins, la Cour a clairement indiqué que « seules de très fortes raisons peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage ».¹¹⁰

Recommandation

Il est recommandé d'insérer une disposition générale relative à la non-discrimination ainsi que proposé ci-dessus dans une nouvelle convention/convention révisée afin d'aligner la convention sur la jurisprudence applicable de la CEDH.

4.2. Les droits de succession

41. La Convention de 1975 comporte une disposition relative à la non-discrimination en matière de droits de succession d'un enfant né hors mariage dans la succession de ses père et mère et des membres de leurs familles¹¹¹. Cette disposition, éventuellement sous réserve de légères modifications, devrait être reprise dans une nouvelle convention/convention révisée. La proposition de libellé est la suivante : « Les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance, doivent avoir les mêmes droits dans la succession de chacun de leurs parents et de la famille de ces derniers ».

¹⁰⁴ *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31.

¹⁰⁵ *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, CEDH 2013 (extraits).

¹⁰⁶ Ibid [35]. [Note : À diverses occasions, la Cour a conclu à la violation des droits conférés en vertu de l'article 14 aux parents de l'enfant (et non à l'enfant lui-même) ; par exemple, dans les affaires *Sporer c. Autriche*, n° 35637/03, 3 février 2011, et *Leitner c. Autriche*, n° 55740/10, 8 juin 2017 (discrimination en matière de garde à l'égard du requérant, père d'un enfant né hors mariage) ; *Yocheva et Ganeva c. Bulgarie*, nos 18592/15 et 43863/15, 11 mai 2021 (refus discriminatoire de l'allocation de parent survivant à la mère célibataire d'enfants mineurs qui n'avaient pas été reconnus par leur père) ; et *J.M. c. Royaume-Uni*, n° 37060/06, 28 septembre 2010 (différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle en rapport avec des dispositions sur la pension alimentaire).

¹⁰⁷ *Fabris c. France* [GC], n°16574/08, § 58, CEDH 2013 (extraits).

¹⁰⁸ Ibid §35.

¹⁰⁹ Ibid §56 et §66 ; et *Wolter et Sarfert c. Allemagne*, nos 59752/13 et 66277/13, § 57 et 60, 23 mars 2017.

¹¹⁰ Voir, par exemple, *Fabris c. France* [GC], § 59, (n 106) et *Wolter et Sarfert c. Allemagne*, §58 (n. 111).

¹¹¹ « Les droits de l'enfant né hors mariage dans la succession de ses père et mère et des membres de leurs familles sont les mêmes que s'il était né dans le mariage ». Convention de 1975, article 9.

42. Pour tenir compte des progrès en matière de procréation assistée qui ont permis l'utilisation posthume du sperme, on pourrait ajouter une réserve selon laquelle les États qui autorisent la conception posthume ou le transfert posthume d'embryon peuvent imposer des restrictions appropriées aux droits de succession¹¹².

La jurisprudence de la CEDH concernant la différence de traitement des enfants légitimes et illégitimes en matière de succession a conduit à l'abolition de la discrimination fondée sur la naissance en Europe¹¹³. La CEDH ne garantissant pas de droit à l'héritage, les affaires pertinentes ont été présentées dans le cadre de l'article 14 (protection contre la discrimination à l'égard des enfants nés hors mariage), en combinaison avec l'article 8 ou l'article 1er du Protocole n° 1 (« Protection de la propriété »)¹¹⁴. Dans ses décisions, la Cour a toujours insisté sur l'impératif d'égalité de traitement et confirmé que la distinction entre les enfants nés dans le mariage et hors mariage aux fins de la succession constituait une discrimination au sens de l'article 14.

Recommandation

Il est recommandé d'insérer une disposition spécifique relative à la non-discrimination en matière de droits de succession, semblable à celle contenue dans l'article 9 de la Convention de 1975, mais modifiée ainsi que proposé ci-dessus, dans une nouvelle convention/convention révisée afin d'aligner la Convention sur la jurisprudence applicable de la CEDH et de tenir compte des avancées scientifiques dans le domaine de la procréation assistée.

4.3. Le droit des enfants à une identité

43. Les articles 7 et 8 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (ci-après la « CIDE »)¹¹⁵ protègent l'identité de chaque enfant en consacrant le droit à un nom, à une nationalité et à des relations familiales. Les relations familiales comprennent des liens qui incluent les parents biologiques, les donneurs de gamètes, les frères et sœurs, les grands-parents et autres, et, dans ce contexte, sont liées au droit de chaque enfant de connaître ses origines¹¹⁶. En outre, la CEDH a toujours considéré que le droit à une identité, qui comprend le droit de connaître sa filiation biologique, fait partie intégrante de la notion de vie privée protégée par l'article 8 de la Convention. En matière de filiation biologique, la Cour a distingué deux facettes du droit de l'enfant à une identité, la première ayant trait à l'établissement de la filiation et la seconde à la reconnaissance juridique d'un statut parental établi à l'étranger¹¹⁷.

44. La Convention de 1975 ne contient aucune disposition concernant le droit de l'enfant à une identité. Cela n'est pas surprenant eu égard à son époque d'adoption. Toutefois, du fait de cette lacune, elle n'est pas en phase avec la jurisprudence de la CEDH qui ne cesse de s'étoffer dans ce domaine important. Les sections qui suivent exposent, sous les intitulés correspondants, la jurisprudence de la Cour concernant le droit des enfants à une identité, et contiennent des propositions de dispositions à insérer dans une nouvelle convention/convention révisée.

¹¹² Voir également section « Le lien de filiation » ci-dessous.

¹¹³ Fenton-Glynn (n 43) 209.

¹¹⁴ Voir, par exemple, *Marckx c. Belgique* (n 108) ; *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, série A n° 126 ; *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II ; *Brauer c. Allemagne*, n° 3545/04, 28 mai 2009 ; *Mitzinger c. Allemagne*, n° 29762/10, 9 février 2017 ; et *Wolter et Sarfert c. Allemagne* (n 111).

¹¹⁵ Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989) E/CN.4/RES/1990/74 (« CIDE »).

¹¹⁶ Voir Child Identity Protection (CHIP), [Home - Child Identity Protection \(child-identity.org\)](http://child-identity.org), dernière consultation le 30/09/2021.

¹¹⁷ Voir, par exemple, *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, CEDH 2002-I et *Menesson c. France* (n 41). Voir également Fenton-Glynn (n 43) 57-61.

4.4. Le droit d'accès des enfants aux informations concernant leurs origines¹¹⁸

45. Une nouvelle convention/convention révisée devrait énoncer le droit général d'accès des enfants aux informations concernant leurs origines. Ce droit ne peut être absolu, car il convient de concilier le droit de l'enfant de connaître ses origines et le droit – entre autres – du parent biologique de rester anonyme. Néanmoins, les autorités compétentes devraient être habilitées à écarter tout droit à l'anonymat et à communiquer des informations pertinentes (en particulier des informations non identifiantes), au regard des circonstances et des droits respectifs de l'enfant et des personnes concernées.

4.4.1. Filiation paternelle

46. La proposition ci-dessus mettrait la Convention en conformité avec l'arrêt de principe de la Cour dans l'affaire *Mikulić c. Croatie* de 2002¹¹⁹ qui concernait l'établissement de la paternité.

Dans l'arrêt *Mikulić c. Croatie*, la Cour a souligné le droit de la requérante de connaître la vérité sur un aspect essentiel de son identité – un droit protégé par l'article 8 – mais elle a en même temps reconnu la nécessité de protéger les tiers contre le fait de les contraindre à se soumettre à une analyse médicale, notamment à des tests ADN, qu'ils ne souhaitent pas subir. En conséquence, la Cour a jugé que les États n'étaient pas tenus de contraindre les pères putatifs à se soumettre à des tests ADN, pour autant que le système juridique offre d'autres moyens permettant à une autorité indépendante de statuer rapidement¹²⁰ sur une action en recherche de paternité¹²¹. Il importe de noter que des affaires plus récentes concernant l'accès aux informations sur les origines biologiques dans le contexte d'une recherche de paternité, bien que tranchées à l'aune de l'arrêt de principe *Mikulić*, semblent indiquer une évolution subtile vers l'octroi d'une plus grande importance au droit de l'enfant demandeur à une identité qu'aux droits du père putatif. Les affaires en cause concernaient le refus du père putatif de coopérer dans une procédure de recherche de paternité, comportement dont les autorités nationales avaient déduit/refusé de déduire la paternité. Dans l'affaire *Canonne c. France*¹²², la Cour a estimé qu'en prenant en compte le refus du requérant de se soumettre à l'expertise génétique et en faisant prévaloir le droit au respect de la vie privée de sa fille, les juridictions internes n'ont pas excédé l'importante marge d'appréciation dont elles disposaient¹²³. Dans l'affaire *A.M.M. c. Roumanie*¹²⁴, qui concernait un enfant né hors mariage et atteint de plusieurs handicaps, la Cour a estimé qu'en ne tirant aucune conséquence du refus du père putatif de se soumettre à un test de paternité, les juridictions internes n'ont pas respecté un juste équilibre entre le droit de l'enfant de voir ses intérêts protégés dans la procédure de recherche de paternité et le droit de son père

¹¹⁸ Le droit d'accès des enfants aux informations concernant leurs origines peut se manifester dans diverses situations telles que l'établissement de la filiation (par exemple, la pratique des accouchements sous X) ; un enfant adopté qui cherche à obtenir des informations sur ses origines et l'identité de ses parents biologiques ; un enfant né par le biais de la gestation pour autrui qui cherche à obtenir des informations sur ses origines biologiques et sur l'identité de la mère porteuse ; et un enfant né d'un don de gamètes qui cherche à obtenir des informations sur ses origines génétiques et sur l'identité du ou des donneurs de gamètes.

¹¹⁹ *Mikulić c. Croatie* (n° 118). Cet arrêt a fait suite à l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 160.

¹²⁰ L'exigence d'une détermination « rapide » de la paternité par d'autres moyens, le cas échéant, a été soulignée par la suite dans les arrêts *Jevremović c. Serbie*, n° 3150/05, 17 juillet 2007, et *Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie*, n° 60176/00, 30 mai 2006 (des procédures ayant duré respectivement 8 et 9 ans ont entraîné la violation, respectivement, des articles 8 et 6§1).

¹²¹ La requérante n'ayant pas eu accès à une telle procédure en l'espèce, il y a eu violation de l'article 8. La Cour a réexaminé cette question en 2006 dans l'affaire *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00, CEDH 2006-X. Dans cette affaire, les autorités nationales ont refusé d'autoriser un test ADN sur une personne décédée et rejeté la demande d'un fils putatif du défunt qui cherchait à établir sa filiation paternelle. La Cour a estimé que l'intérêt du requérant de connaître l'identité de son père biologique l'emportait sur celui du reste de la famille du défunt à s'opposer au prélèvement d'ADN. En conséquence, la Cour a conclu à la violation, par les autorités nationales, des droits du requérant au titre de l'article 8.

¹²² *Canonne c. France (déc.)*, n° 22037/13, 2 juin 2015.

¹²³ Voir également CourEDH, « Une déclaration judiciaire de paternité fondée notamment sur le refus de se soumettre à un test génétique n'est pas contraire à la Convention », Communiqué de presse, 25 juin 2015.

¹²⁴ *A.M.M. c. Roumanie*, n° 2151/10, 14 février 2012.

putatif de ne pas coopérer à la procédure¹²⁵. La Cour a observé que les États doivent s'assurer de l'existence de procédures permettant aux enfants handicapés d'accéder aux informations relatives à leur filiation paternelle¹²⁶.

Le droit de l'enfant de connaître son identité a également été mis en avant dans une affaire relative au délai fixé pour engager une action en recherche de paternité. Bien qu'un délai pour l'introduction d'une action en recherche de paternité ne soit pas nécessairement incompatible avec la Convention dès lors qu'il est justifié par la nécessité d'assurer la sécurité juridique, dans l'affaire *Çapın c. Turquie*¹²⁷, la Cour a estimé qu'un juste équilibre devait être trouvé entre les intérêts d'un enfant qui a le droit de connaître son identité et l'intérêt du père putatif à être protégé contre des allégations relatives à des circonstances remontant à de nombreuses années¹²⁸. En l'espèce, la Cour a conclu que, bien que les délais prévus par la législation nationale ne soient pas absolus, leur application par les tribunaux n'a pas ménagé un juste équilibre entre les droits et intérêts en jeu et a violé le droit du requérant au respect de sa vie privée au titre de l'article 8.

4.4.2. Filiation maternelle : accouchement sous X

47. La question de l'accès des enfants aux informations concernant leurs origines s'est également posée concernant la filiation maternelle, notamment dans le contexte des accouchements sous X. Cette pratique est par exemple autorisée en France, où il est légal pour les mères d'accoucher dans l'anonymat et où, sauf si la mère change d'avis, son identité ne peut être révélée¹²⁹.

Dans l'arrêt *Odièvre c. France*¹³⁰, la Cour a jugé que cette pratique ne violait pas l'article 8 car l'État avait ménagé un juste équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause, notamment en permettant à la requérante d'accéder à des informations non identifiantes (qui lui permettraient de retrouver certaines de ses racines) et en autorisant la mère à changer d'avis et à communiquer des informations identifiantes par la suite. Plus récemment, dans l'arrêt *Godelli c. Italie*¹³¹, la Cour a confirmé que, lorsque la législation nationale ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents, la pratique des accouchements sous X viole la Convention. En particulier, la Cour a conclu à la violation par l'Italie des droits visés à l'article 8, car un enfant abandonné à la naissance ne pouvait pas avoir accès à des informations non identifiantes, et l'identité de la mère ne pouvait pas non plus être révélée ultérieurement, même avec l'accord de celle-ci.¹³² La Cour a estimé que de telles restrictions donnaient une préférence aveugle aux droits de la mère biologique et empêchaient toute pondération des intérêts.

48. Bien que l'approche de la Cour dans l'affaire *Godelli* constitue « un (petit) pas dans la bonne direction »¹³³, la Cour continue d'approuver une pratique qui, plutôt que de promouvoir le droit de l'enfant de connaître l'identité de ses parents, prive l'enfant du droit à l'information concernant un aspect essentiel de son identité, sans qu'un processus indépendant de mise en balance soit possible. En effet, à moins que la mère change d'avis à un stade ultérieur et décide de révéler son identité à l'enfant, ses droits au titre de l'article 8 l'emportent automatiquement sur le droit de l'enfant de connaître sa filiation biologique, qui fait partie intégrante de la notion de vie privée au sens de l'article 8 de la Convention.

Recommandation

Au cours des trois dernières décennies, la Cour a vigoureusement défendu le droit à une identité en tant que composante de la vie privée protégée par l'article 8, en particulier dans le

¹²⁵ Par conséquent, ces défaillances dans la procédure d'établissement de la paternité d'un enfant handicapé ont entraîné une violation des droits de l'enfant au titre de l'article 8.

¹²⁶ *A.M.M. c. Roumanie*, §58 et 65, (n 125).

¹²⁷ *Çapın c. Turquie*, n° 44690/09, 15 octobre 2019.

¹²⁸ *Ibid*, §87.

¹²⁹ Code de l'action sociale et des familles, article L222-6.

¹³⁰ *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III.

¹³¹ *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, 25 septembre 2012.

¹³² *Ibid* §57 et 58.

¹³³ *Fenton-Glynn* (n 43) 61.

contexte de l'établissement de la paternité et, dans une moindre mesure, dans le contexte de la filiation maternelle (accouchements sous X). Cette tendance semble encore plus marquée dans la jurisprudence récente. Dans ce contexte, il est impératif qu'une nouvelle convention/convention révisée traite du droit d'accès des enfants aux informations concernant leurs origines, soit en intégrant dans ses dispositions le droit général d'accès des enfants aux informations concernant leurs origines en tant que droit non absolu, soit en allant encore plus loin et en consacrant un droit absolu de l'enfant de connaître ses origines, avec pour seule réserve l'intérêt supérieur de l'enfant¹³⁴. Une telle approche serait conforme aux articles 7(1) et 8 de la CIDE.

4.5. La reconnaissance juridique d'une filiation biologique établie à l'étranger¹³⁵

49. Un autre aspect de l'identité de l'enfant lié à la filiation biologique concerne non pas l'établissement de la filiation, mais la reconnaissance juridique d'une filiation établie à l'étranger.

Dans une série d'arrêts récents, à commencer par l'arrêt de principe *Menesson c. France*¹³⁶, la Cour s'est penchée sur la question de l'impossibilité pour des enfants nés à l'étranger par le biais d'une gestation pour autrui et pour leur(s) parent(s) d'intention d'obtenir la reconnaissance, dans le pays de résidence du(des) parent(s) d'intention, du lien de filiation légalement établi entre eux dans le pays de naissance. La Cour a jugé que le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, qui comprend le droit à une identité, nécessite que le droit interne prévoie la possibilité de faire établir un lien juridique entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et le père d'intention, lorsque celui-ci est le père biologique¹³⁷. La Cour souligne que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation » et qu'« un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation¹³⁸ ».

Commentaire

L'approche adoptée par la Cour dans l'affaire *Menesson* peut à juste titre être qualifiée d'avant-gardiste, car la Cour n'a pas hésité à confirmer que le droit à une identité, en tant que composante de la vie privée de l'enfant protégée par l'article 8, s'étendait également au domaine éthiquement sensible de la gestation pour autrui (commerciale) transfrontalière. Pour une analyse plus détaillée des conséquences de cette approche et des recommandations en la matière, voir partie 3 ci-dessus.

4.6. Le droit des enfants à un nom de famille

50. En l'absence de disposition relative au droit de l'enfant à une identité dans la Convention de 1975, une nouvelle convention/convention révisée devrait énoncer le principe général selon lequel tout enfant a le droit d'acquérir un nom de famille à la naissance, indépendamment, entre autres, des circonstances de sa naissance ou de la relation entre ses parents. Les États sont libres de régir les conditions de détermination du choix du nom de famille¹³⁹, mais la législation ne doit pas entraîner de discrimination à l'égard des enfants ou de l'un des parents.

En 2014, la disposition de non-discrimination proposée ci-dessus a été entérinée par la Cour dans l'arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie*¹⁴⁰. Les requérants (un couple marié) ont cherché à faire inscrire leur enfant dans les registres d'état civil avec comme nom de famille celui de sa mère. Cette demande a toutefois été rejetée car, en vertu de la législation nationale (italienne), tout « enfant légitime » est inscrit dans les registres d'état civil avec comme nom

¹³⁴ Cette disposition pourrait être formulée comme suit : « Sous réserve de son intérêt supérieur, l'enfant a le droit d'obtenir des informations sur ses origines biologiques/génétiques ».

¹³⁵ Voir également section « Le lien de filiation » ci-dessous.

¹³⁶ *Menesson c. France* (n 41).

¹³⁷ Ibid. La même conclusion a été tirée dans les affaires *Labassee c. France* (n 42) ; *Foulon et Bouvet c. France* (n 48) ; et *Laborie c. France* (n 48). Voir Partie 3, section 3.1.2. ci-dessus.

¹³⁸ *Menesson c. France*, § 96 (n 41).

¹³⁹ Voir ci-dessous *Cusan et Fazzo c. Italie*, n° 77/07, 7 janvier 2014.

¹⁴⁰ *Cusan et Fazzo c. Italie*, n° 77/07, 7 janvier 2014.

de famille celui du père, sans possibilité de dérogation même en cas de consensus entre les époux en faveur du nom de la mère. La Cour a estimé que l'impossibilité, pour un couple marié, d'attribuer à ses enfants le nom de famille de la mère constituait une violation de l'interdiction de toute discrimination (fondée sur le sexe des parents) (article 14), combinée au droit au respect de la vie privée et familiale (article 8). Si la pratique traditionnelle consistant à attribuer le nom du mari aux enfants nés d'un couple marié n'est pas forcément contraire à la Convention, l'impossibilité d'y déroger lors de l'inscription des nouveau-nés dans les registres d'état civil est excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes.¹⁴¹

Recommandation

À la lumière de ce qui précède, il est recommandé d'inclure dans une nouvelle convention/convention révisée le principe général selon lequel tous les enfants ont le droit d'acquérir un nom de famille à la naissance, indiqué ci-dessus.

4.7. Le droit des enfants à une nationalité

51. En décembre 2009, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur la nationalité des enfants¹⁴². Eu égard à cette avancée, on peut faire valoir qu'une nouvelle convention/convention révisée ne devrait pas s'engager sur le terrain de la nationalité, car il importe d'éviter la prolifération d'instruments traitant de la même question. Cependant, on peut aussi soutenir que, compte tenu de l'importance pour les enfants d'acquérir une nationalité et d'éviter l'apatridie, il faudrait au minimum envisager d'insérer dans une nouvelle convention/convention révisée une disposition sur la nationalité qui constitue une application particulière du principe fondamental de non-discrimination. Ce dernier argument est ici retenu et le libellé suivant est proposé : « Les enfants acquièrent la nationalité de leur mère ou de leur père, indépendamment de la situation matrimoniale de leurs parents ».

En 2011, la CEDH a été saisie de la question du refus de la nationalité à un enfant né hors mariage dans l'affaire *Genovese c. Malte*¹⁴³. L'enfant est né d'une mère britannique et d'un père maltais hors des liens du mariage. À la suite de l'établissement judiciaire de la paternité du père, la mère a demandé la nationalité maltaise pour son fils. Sa demande a été rejetée au motif que la nationalité maltaise ne pouvait être octroyée à un enfant illégitime dont la mère n'était pas maltaise. Il est surprenant de constater que l'enfant se trouvait dans une situation analogue à celle d'autres enfants dont le père était maltais et la mère non maltaise ; le seul facteur distinctif, qui l'avait rendu inéligible à l'acquisition de la nationalité, était sa naissance hors mariage. La Cour a reconnu que la nationalité est un aspect important de l'identité sociale d'une personne et qu'elle relève donc de la vie privée au sens de l'article 8. Rien ne justifiait une telle différence de traitement fondée sur la naissance, et l'article 14 visait précisément à assurer une protection contre ce type de distinction. En conséquence, la Cour a conclu à la violation des droits de l'enfant consacrés par la Convention. Avant de statuer, la Cour a rappelé, entre autres, la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage.

Recommandation

À la lumière de la décision rendue dans l'affaire *Genovese* (et en dépit de l'existence de la Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur la nationalité des enfants), il est impératif d'aborder la question de la nationalité dans une nouvelle convention/convention révisée. C'est pourquoi il est proposé d'inclure dans une nouvelle convention/convention révisée la disposition proposée ci-dessus.

¹⁴¹ La décision suit l'approche précédemment adoptée dans l'affaire *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, série A n° 280-B.

¹⁴² [Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur la nationalité des enfants, CM/Rec\(2009\)13](#), dernière consultation le 01/10/2021.

¹⁴³ *Genovese c. Malte*, n° 53124/09, 11 octobre 2011.

4.8. Le lien de filiation

52. La Convention de 1975 ne contient que quatre articles traitant du lien de filiation. À l'aune des évolutions sociétales concernant les couples homosexuels et des avancées médicales en matière de procréation assistée intervenues au cours des dernières décennies, associées à l'évolution de la jurisprudence de la CEDH, les dispositions de la Convention relatives au lien de filiation sont à la fois largement incomplètes et partiellement obsolètes. Afin de remédier à cette situation, un certain nombre de lacunes doivent être comblées. Les recommandations pertinentes en vue d'une nouvelle convention ou d'une convention révisée sont formulées ci-dessous et s'accompagnent de la jurisprudence correspondante de la CEDH, lorsqu'elle est disponible. Les recommandations sont présentées sous trois rubriques : « Recommandations générales », « Filiation maternelle » (c'est-à-dire les recommandations concernant spécifiquement la maternité) et « Filiation paternelle » (c'est-à-dire les recommandations concernant spécifiquement la paternité).

Recommandations générales

1. Ne pas limiter les dispositions relatives à la filiation au cas des enfants nés hors mariage
2. Inclure une règle générale¹⁴⁴ imposant aux États de prévoir la possibilité légale d'établir un lien de filiation (par présomption, reconnaissance ou décision judiciaire)

Il est établi de longue date par la CEDH que l'absence de mécanisme légal permettant d'établir (ou de contester) la paternité constitue une violation de l'article 8 de la CEDH¹⁴⁵. En conséquence, dans l'affaire *Koychev c. Bulgarie*¹⁴⁶, la Cour a conclu à une violation de l'article 8 du fait de l'impossibilité pour un requérant prétendant être le père biologique de chercher à établir sa paternité, au seul motif qu'un autre homme a déjà reconnu l'enfant, et du fait de l'absence d'examen circonstancié de la situation par les juridictions internes, consistant à entendre les parties concernées et notamment l'enfant en cause.

En outre, il ne suffit pas qu'un tel mécanisme légal existe sans que le requérant dispose de la possibilité d'une « présentation effective, adéquate et satisfaisante de sa cause »¹⁴⁷. Tel était le cas dans l'affaire *Tsvetelin Petkov c. Bulgarie*¹⁴⁸, où le requérant s'est plaint d'avoir été déclaré père d'un enfant dans le cadre d'une procédure menée en son absence et sans test ADN, et d'avoir vu sa demande de réouverture de la procédure rejetée. La Cour a estimé que la protection effective du droit du requérant au respect de sa vie privée impliquait de lui donner la possibilité de plaider sa cause, notamment en fournissant des preuves ADN. La participation personnelle du requérant à la procédure était cruciale pour la fiabilité du résultat et la représentation de l'intéressé par son avocat désigné d'office n'a pas été suffisante pour assurer la présentation de sa cause de façon effective, adéquate et satisfaisante. Par conséquent, les autorités n'ont pas ménagé un juste équilibre entre le droit du requérant au respect de sa vie privée, le droit de l'enfant de voir sa filiation établie, et celui de la mère de se voir octroyer une pension alimentaire.

Recommandation

Inclure une disposition contenant des orientations générales sur l'étendue des restrictions pouvant être apportées au droit d'établir un lien de filiation.

¹⁴⁴ Il convient de se limiter à une règle générale, car elle ne s'applique pas toujours à l'établissement de la filiation maternelle et parce que des règles différentes pourraient s'appliquer, par exemple, aux cas de viol ou d'inceste.

¹⁴⁵ *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, série A n° 112 ; *Róžański c. Pologne*, n° 55339/00, 18 mai 2006 ; *Shofman c. Russie*, n° 74826/01, 24 novembre 2005 ; *Paulík c. Slovaquie*, n° 10699/05, CEDH 2006-XI (extraits) ; et *Mizzi c. Malte*, n° 26111/02, CEDH 2006-I (extraits).

¹⁴⁶ *Koychev c. Bulgarie*, n° 32495/15, 13 octobre 2020. En outre, des circonstances factuelles particulières se sont présentées dans l'affaire *Krušković c. Croatie*, n° 46185/08, 21 juin 2011, où le père requérant, qui avait été privé de sa capacité légale, n'a pas pu faire reconnaître sa paternité. La Cour a estimé que, bien qu'elles ne puissent pas en principe passer pour contraires à l'article 8, les restrictions dans la sphère de la vie privée et familiale touchant les droits des personnes privées de leur capacité légale doivent être entourées de garanties procédurales pertinentes. En conséquence, l'État a violé le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8.

¹⁴⁷ *Tsvetelin Petkov c. Bulgarie*, n° 2641/06, 15 juillet 2014.

¹⁴⁸ Ibid.

Dans l'affaire *Znamenskaya c. Russie*¹⁴⁹, la CEDH a déclaré que toute restriction doit être proportionnée aux objectifs légitimement poursuivis, de sorte que si certaines restrictions, telles que des délais, peuvent être justifiées, elles ne doivent pas être arbitraires, discriminatoires ou inutiles¹⁵⁰. Plus récemment, dans l'affaire *Jüssi Osawe c. Estonie*¹⁵¹, la Cour a estimé que les restrictions apportées ne doivent pas restreindre ou réduire l'accès à un tribunal d'une manière ou dans une mesure telle qu'elles portent atteinte à l'essence même de ce droit. Dans cette affaire, la mère requérante cherchait à engager une action en contestation de la paternité de son mari qui n'était pas le père biologique de son enfant (et dont elle était légalement séparée), et une action en établissement de la paternité du père biologique de l'enfant visant à établir un lien de filiation. Le droit estonien reconnaît à la mère le droit de contester une entrée portée au registre des naissances et de demander l'établissement d'un lien de filiation entre son enfant et le père auquel elle n'est pas mariée. Toutefois, en l'espèce, la requérante n'a pas pu contester en justice l'entrée portée au registre des naissances concernant le père de son enfant, car l'adresse de l'homme inscrit comme père n'était pas connue et les documents judiciaires ne pouvaient donc pas lui être signifiés. Cette situation a fait obstacle à l'ouverture d'une procédure judiciaire visant à établir un lien de filiation entre l'enfant et le père biologique, dont le domicile était connu. La Cour a rejeté l'argument de la requérante selon lequel cette situation constituait une violation de son droit d'accès à un tribunal, garanti par l'article 6, aux fins d'obtenir l'établissement de la filiation de son enfant.

3.

¹⁴⁹ *Znamenskaya c. Russie*, n° 77785/01, 2 juin 2005.

¹⁵⁰ Voir également *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, série A n° 87, qui indique que la Cour accepte également des restrictions à la contestation de la paternité, notamment la fixation de délais de prescription stricts.

¹⁵¹ *Jüssi Osawe c. Estonie*, n° 63206/10, 31 juillet 2014.

Recommandation

Inclure une disposition contenant des orientations générales sur la réalisation d'un exercice de mise en balance dans les procédures de recherche de paternité

La CEDH a établi de longue date que, dans le cadre de la mise en balance des intérêts des parties impliquées dans une recherche de paternité, le pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités nationales est nettement plus étendu que dans le contexte des relations personnelles¹⁵². Si l'article 8 n'exige pas de faire triompher la biologie¹⁵³, ce qui laisse une marge d'appréciation importante dans ce domaine, il requiert un examen des circonstances de l'espèce et, en particulier, une évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les affaires suivantes en sont la démonstration.

Dans l'affaire *Ahrens c. Allemagne*¹⁵⁴, un père biologique souhaitait contester la reconnaissance de paternité effectuée par le concubin de la mère. Contrairement aux affaires analysées au point 3 ci-dessus, dans cette affaire (et dans les autres affaires citées dans la présente section), le requérant avait qualité pour tenter une procédure. Sa requête a toutefois été rejetée par les juridictions internes au motif que, lorsque des liens sociaux et familiaux ont déjà été établis entre le père légal et l'enfant, la paternité ne peut être contestée. La Cour s'est ralliée à cette appréciation, et la même conclusion, sur des faits analogues, a également été tirée dans l'affaire *Kautzor c. Allemagne*¹⁵⁵ (tranchée le même jour que l'affaire *Ahrens*). De même, dans l'affaire *R.L. et autres c. Danemark*¹⁵⁶, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 dans une affaire impliquant le refus, dans l'intérêt supérieur des enfants concernés, de reconnaître leur père biologique. La Cour a observé que les juridictions internes avaient pris en compte les divers intérêts en jeu et accordé la primauté à ce qu'elles estimaient être l'intérêt supérieur des enfants, et notamment leur intérêt à ce que l'unité familiale soit préservée. En revanche, dans l'affaire *Mandet c. France*¹⁵⁷, les autorités nationales ont estimé que la paternité du père biologique devait être reconnue, bien que l'enfant ait déjà un père légal, qui était aussi son père social. Le raisonnement qui sous-tendait cette approche était que l'intérêt supérieur de l'enfant exigeait que la vérité sur ses origines soit établie. Non seulement cet objectif l'emportait sur celui de la préservation de la structure familiale légale existante, mais il justifiait également que l'on passe outre à la ferme opposition de l'enfant.

Par ailleurs, dans l'affaire *Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie*¹⁵⁸, la Cour a jugé que le fait de donner un poids particulier à l'intérêt supérieur de l'enfant, sans pour autant négliger l'intérêt d'autres personnes, dont le requérant, offrait à ce dernier des garanties procédurales suffisantes¹⁵⁹. En l'espèce, la Cour a estimé que l'impossibilité pour un père biologique de faire établir sa paternité biologique, au motif que la paternité avait été reconnue par un homme dont la femme avait ensuite adopté l'enfant avec l'accord de la mère, et que l'enfant avait tissé des liens affectifs avec sa famille adoptive dans laquelle il était bien intégré, ne violait pas les droits du père biologique au titre de l'article 8.

¹⁵² Voir, par exemple, *Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie*, n° 48494/06, § 37, 12 février 2013 et *Kautzor c. Allemagne*, n° 23338/09, § 72, 22 mars 2012.

¹⁵³ *Fenton-Glynn* (n 43) 237.

¹⁵⁴ *Ahrens c. Allemagne*, n° 45071/09, 22 mars 2012. Voir également *Kautzor c. Allemagne* (n 153).

¹⁵⁵ *Kautzor c. Allemagne* (n 153).

¹⁵⁶ *R.L. et autres c. Danemark*, n° 52629/11, 7 mars 2017

¹⁵⁷ *Mandet c. France*, n° 30955/12, 14 janvier 2016.

¹⁵⁸ *Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie*, n° 48494/06, 12 février 2013.

¹⁵⁹ *Ibid*, §37.

Recommandation

Inclure une disposition générale soulignant la nécessité d'un règlement rapide des procédures de recherche de paternité

La durée de la procédure de recherche de paternité était au cœur de la décision de la CEDH dans l'affaire *Veiss c. Lettonie*¹⁶⁰, où un père biologique, qui cherchait à contester la paternité d'un homme qui avait volontairement reconnu l'enfant et avait été enregistré comme le père légal, alléguait que son droit à un procès équitable dans un délai raisonnable garanti par l'article 6§1 de la Convention avait été violé dans la procédure civile dans laquelle il avait cherché à contester la reconnaissance volontaire et à être officiellement enregistré comme le père de l'enfant. La Cour a jugé que, « compte tenu de la durée globale de la procédure [note : plus de cinq ans] et du fait qu'aucun retard dans l'examen de l'affaire n'est imputable au comportement du requérant », il y avait eu violation du droit du requérant consacré à l'article 6§1¹⁶¹.

Recommandation

Inclure une disposition générale concernant l'utilisation des tests ADN dans les procédures de recherche de paternité. Cette disposition servirait à actualiser/développer l'article 5 de la Convention de 1975 qui prévoit que, « dans les actions relatives à la filiation paternelle, les preuves scientifiques susceptibles d'établir ou d'écarter la paternité doivent être admises ».

La question des tests génétiques a été abordée par la CEDH dans sa récente décision sur l'affaire *Mifsud c. Malte*¹⁶². Dans cette affaire, le requérant se plaignait de ce que le droit maltais rendait obligatoire le prélèvement d'un échantillon génétique dans le cadre des actions en recherche de paternité, et du fait qu'une telle obligation lui avait été imposée contre son gré. La Cour a estimé que, sur le plan procédural, la législation considérée dans son ensemble assurait au requérant la protection requise de ses droits au titre de l'article 8. En particulier, le test ADN avait été ordonné dans le cadre d'une procédure judiciaire à laquelle le requérant avait participé et dans laquelle ses droits procéduraux avaient été respectés tout autant que ceux de la partie adverse. Un exercice de mise en balance des intérêts en jeu avait été réalisé. La Cour a conclu que la loi poursuivait le but légitime de protection des droits de l'enfant. L'État était lié par l'obligation positive de permettre à l'enfant de découvrir la vérité sur l'identité de ses parents, qui l'emportait sur le droit du père putatif au respect de son intégrité physique.

4.8.1. Filiation maternelle

Recommandations

Permettre aux États de prévoir des exceptions à la règle générale sur l'établissement de la maternité (qui est que la femme qui donne naissance à l'enfant est considérée comme la mère légale (« règle de la naissance »)) pour tenir compte de pratiques telles que les accouchements sous X. Cela rendrait la nouvelle convention ou la convention révisée conforme à la jurisprudence de la CEDH, en particulier aux arrêts *Odièvre c. France*¹⁶³ et *Godelli c. Italie*¹⁶⁴, dans lesquels la Cour a déclaré la pratique des accouchements sous X compatible avec l'article 8, sous réserve qu'un juste équilibre soit ménagé entre les droits et les intérêts concurrents en jeu¹⁶⁵. Permettre aux États de mettre en place des procédures permettant de contester la filiation maternelle au motif que la mère présumée n'est pas la femme qui a donné naissance à l'enfant.

¹⁶⁰ *Veiss c. Lettonie*, n° 15152/12, 28 janvier 2014.

¹⁶¹ *Ibid.*, §80 et 81. La Cour a observé que « le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères suivants : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes, et l'enjeu du litige pour l'intéressé » (§77).

¹⁶² *Mifsud c. Malte*, n° 62257/15, 29 janvier 2019.

¹⁶³ *Odièvre c. France* (n 131).

¹⁶⁴ *Godelli c. Italie* (n 132).

¹⁶⁵ Pour une analyse détaillée de ces décisions, voir section « Le droit des enfants à une identité » ci-dessus.

Intégrer des règles qui reflètent les avancées en matière de procréation assistée, y compris la maternité de substitution¹⁶⁶. Ces règles devraient inclure :

- a. Conformément à la jurisprudence constante de la CEDH,¹⁶⁷ la « règle de la naissance » énoncée dans la Convention de 1975¹⁶⁸ devrait rester la règle par défaut en matière de filiation maternelle. Toutefois, cette règle devrait être complétée par une disposition supplémentaire précisant que la mère gestatrice est considérée comme la mère légale indépendamment de son lien génétique avec l'enfant. Il s'agit de tenir compte du fait que, dans le cadre de la procréation assistée, la gestation et la génétique peuvent ne pas coïncider chez la même femme, ce qui est le cas lorsqu'une donneuse d'ovocyte est impliquée.
- b. Les États qui disposent d'une législation sur les conventions de maternité de substitution devraient être autorisés à déroger à la règle par défaut sur la filiation maternelle en cas de maternité de substitution (par exemple, en adoptant l'approche « fondée sur l'intention » de la maternité légale, selon laquelle la mère intentionnelle (par opposition à la mère gestatrice) est considérée comme la mère légale à la naissance¹⁶⁹).

4.8.2. Filiation paternelle

53. La Convention de 1975 se limitant aux enfants nés hors mariage, ses dispositions relatives à la filiation paternelle sont elles aussi limitées et ne couvrent que l'établissement de la paternité pour les pères non mariés, par reconnaissance volontaire ou par décision judiciaire. Cet aspect devrait être modifié comme proposé ci-dessus en vue d'étendre le champ d'application d'une nouvelle convention/convention révisée à tous les enfants. Dès lors, les dispositions de la Convention sur la filiation paternelle devraient inclure tous les moyens requis pour établir la paternité : par présomption, reconnaissance ou décision judiciaire. Dans cette optique, et au-delà, il est recommandé d'apporter les modifications suivantes aux dispositions sur la filiation paternelle.

L'établissement de la paternité par présomption de filiation paternelle

Recommandations

Inclure la présomption traditionnelle de paternité selon laquelle le mari de la femme qui a accouché est automatiquement présumé être le père et est donc considéré comme le père légal¹⁷⁰.

Permettre aux États de prévoir un délai durant lequel la présomption de paternité est applicable. Il devrait s'agir d'une disposition à deux volets, dont le libellé proposé est le suivant : « (1) Un enfant né au cours d'une période définie par le droit interne après la dissolution du mariage 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 l'enfant est né après la dissolution du mariage par annulation ou divorce ».

Encourager les États à prévoir des règles pour les cas où l'application des présomptions conduit à des résultats contradictoires, par exemple lorsqu'une femme se remarie peu après le décès de son mari et donne naissance à un enfant peu après le remariage¹⁷¹.

¹⁶⁶ Voir également discussion figurant dans la partie 3, section 3.1.3 ci-dessus.

¹⁶⁷ *Marckx c. Belgique* (n° 105) ; et *Kearns c. France*, n° 35991/04, 10 janvier 2008.

¹⁶⁸ Convention de 1975, article 2.

¹⁶⁹ Par exemple en Grèce (Code civil grec, art. 1464(1) (à condition que la convention de maternité de substitution ait été autorisée par le tribunal)) ; voir aussi proposition de réforme de la législation sur la maternité de substitution au Royaume-Uni (voir « Building Families Through Surrogacy » (n° 27) [7.78]).

¹⁷⁰ Par exemple *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, série A n° 297-C ; et *Anayo c. Allemagne*, n° 20578/07, 21 décembre 2010. Pour tenir compte des variations entre les législations nationales, les États devraient être autorisés à ne pas appliquer cette disposition si l'enfant est né après la séparation de fait ou de droit des époux.

¹⁷¹ Sans être trop directif quant à la solution appropriée.

Permettre aux États d'appliquer, mutatis mutandis, la présomption de paternité (et, le cas échéant, les dispositions liées) aux partenariats enregistrés/civils pour les couples de sexe différent et/ou aux concubins de sexe différent.

En outre, permettre aux États d'appliquer, mutatis mutandis, la présomption de paternité (et, le cas échéant, les dispositions liées) aux couples mariés de même sexe, aux partenariats enregistrés/civils pour les couples de même sexe et/ou aux concubins de même sexe¹⁷². Il convient de souligner le caractère facultatif de ces dispositions. La raison d'être de cette proposition est principalement liée aux évolutions sociétales et légales qui ont eu lieu au cours de la dernière décennie, en particulier au fait que : 1) un nombre croissant d'États membres du Conseil de l'Europe légalise le mariage entre personnes de même sexe ; 2) certains États membres ont ouvert les partenariats enregistrés/civils aux couples de sexe différent ; et 3) certains États membres ont mis les concubins de même sexe sur un pied d'égalité avec les concubins de sexe différent. Néanmoins, une étude comparative de la législation applicable dans les États membres du Conseil de l'Europe est nécessaire pour déterminer dans quelle mesure une position commune se dégage dans ce domaine.

L'établissement de la filiation paternelle par reconnaissance volontaire

Recommandation

Inclure des dispositions sur l'établissement de la filiation paternelle par reconnaissance volontaire qui actualisent et développent l'article 3 de la Convention de 1975. L'article 3 dispose succinctement que « *La filiation paternelle de tout enfant né hors mariage peut être constatée ou établie par reconnaissance volontaire ou par décision juridictionnelle* ». Les nouvelles dispositions devraient notamment permettre aux États : 1) de soumettre cette reconnaissance à certaines conditions (comme le consentement de l'enfant et/ou de sa mère) ; et 2) d'autoriser la reconnaissance volontaire, effective à compter de la naissance, pendant la grossesse de la mère.

L'établissement de la filiation paternelle par décision d'une autorité compétente

Recommandations

Inclure des dispositions sur l'établissement de la filiation paternelle par décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente qui actualisent et développent l'article 3 de la Convention de 1975. L'article 3 dispose succinctement que « *La filiation paternelle de tout enfant né hors mariage peut être constatée ou établie par [reconnaissance volontaire ou par] décision juridictionnelle* ». Les nouvelles dispositions devraient notamment prévoir le droit de l'enfant d'engager, personnellement ou par l'intermédiaire de son représentant légal, une procédure visant à établir sa filiation paternelle, et permettre aux États d'accorder à d'autres personnes le droit d'engager une telle procédure en justice.

Inclure des orientations sur la possibilité de limiter dans le temps le droit d'engager une action en recherche de paternité.

¹⁷² Voir également discussion figurant dans la partie 3, section 3.2.2, ci-dessus.

La CEDH a admis que la fixation d'un délai de prescription pour l'ouverture d'une action en recherche de paternité se justifie par le souci de garantir la sécurité juridique et n'est donc pas en soi incompatible avec la Convention¹⁷³. Néanmoins, dans l'affaire *Phinikaridou c. Chypre*¹⁷⁴, la Cour a jugé que les États doivent ménager un juste équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en jeu, et que l'application d'un délai rigide de prescription à l'exercice d'une action en recherche de paternité quelles que soient les circonstances particulières d'une affaire donnée et notamment la connaissance des faits relatifs à la filiation paternelle, porte atteinte à la substance même du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8. En outre, dans l'affaire *Çapın c. Turquie*¹⁷⁵, la Cour a estimé qu'un juste équilibre doit être trouvé entre les intérêts d'un enfant qui a le droit de connaître son identité et l'intérêt du père putatif à être protégé contre des allégations relatives à des circonstances remontant à de nombreuses années¹⁷⁶. Tout dépendra donc de la nature du délai de prescription et de la manière dont il est appliqué. La question fondamentale est de savoir si la loi établit un équilibre clair entre l'intérêt du requérant à découvrir la vérité sur un aspect important de son identité personnelle, l'intérêt de l'enfant à la stabilité et l'intérêt général de la société dans son ensemble à la protection de la sécurité juridique¹⁷⁷.

En application des principes susmentionnés, dans l'affaire *Silva et Mondim Correia c. Portugal*¹⁷⁸, où les requérants disposaient d'un délai de dix ans à compter de leur majorité, pouvant être prorogé de trois années supplémentaires si l'enfant apprenait, après l'expiration du délai, que la paternité devait être remise en cause, la Cour a estimé que les requérants avaient attendu respectivement 20 ans et 56 ans après avoir atteint l'âge de la majorité pour engager une action, et que leur intérêt à établir la vérité biologique ne les dispensait pas de respecter des délais raisonnables. Néanmoins, dans l'affaire *Călin et autres c. Roumanie*¹⁷⁹, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 au motif que les requérants n'avaient pas pu établir leur paternité en raison d'un délai de prescription strict. De même, dans l'affaire *Laakso c. Finlande*¹⁸⁰, la Cour a estimé que l'application d'un délai rigide de prescription à l'exercice d'une action en recherche de paternité et, en particulier, l'absence de toute possibilité de mise en balance des intérêts concurrents par les juridictions nationales, a entraîné une violation des droits du requérant au titre de l'article 8¹⁸¹. Enfin, dans l'affaire *Çapın c. Turquie*¹⁸², la Cour a conclu que, bien que les délais de prescription prévus par la législation nationale ne soient pas absolus, leur application par les tribunaux ne s'était pas accompagnée d'une mise en balance des droits et des intérêts en jeu, ce qui avait porté atteinte au droit du requérant au respect de sa vie privée garanti par l'article 8.

En lien avec la jurisprudence ci-dessus, le délai de prescription applicable à la réouverture d'une procédure de paternité a été abordé dans deux affaires récentes. Dans l'arrêt *Boljević c. Serbie*¹⁸³, la Cour a jugé qu'un délai de prescription s'opposant au test de l'ADN d'un homme décédé et au réexamen de la décision définitive ayant fait droit à une action en désaveu de paternité qui avait été introduite par lui à l'insu du requérant à une époque où les tests ADN n'existaient pas constituait une violation des droits du requérant au titre de l'article 8.

¹⁷³ *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, 20 décembre 2007 ; et *Shofman c. Russie* (n 146).

¹⁷⁴ *Phinikaridou c. Chypre* (n 173).

¹⁷⁵ *Çapın c. Turquie* (n 128).

¹⁷⁶ Ibid, §87. Voir également section « Le droit des enfants à une identité » ci-dessus.

¹⁷⁷ *Mizzi c. Malte* (n 146).

¹⁷⁸ *Silva et Mondim Correia c. Portugal*, nos 72105/14 et 20415/15, 3 octobre 2017.

¹⁷⁹ *Călin et autres c. Roumanie*, nos 25057/11 et 2 autres, 19 juillet 2016.

¹⁸⁰ *Laakso c. Finlande*, n° 7361/05, 15 janvier 2013. Voir également *Grönmark c. Finlande*, n° 17038/04, 6 juillet 2010.

¹⁸¹ Le requérant faisait valoir que le délai de prescription fixé pour l'établissement de la paternité des enfants nés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la paternité, le 1^{er} octobre 1976, entraînait une violation de ses droits au titre des articles 8 et 14, car il ne pouvait pas faire établir sa paternité, alors que les enfants nés après le 1^{er} octobre 1976 n'étaient pas soumis à de telles restrictions. Ibid [3]. Le même grief a été soulevé devant la Cour qui est parvenue à la même conclusion dans l'affaire *Röman c. Finlande*, n° 13072/05, 29 janvier 2013.

¹⁸² *Çapın c. Turquie* (n 128).

¹⁸³ *Boljević c. Serbie*, n° 47443/14, 16 juin 2020. Voir également CourEDH, « Note d'information sur la jurisprudence de la Cour 241 : Boljević c. Serbie - 47443/14 » (juin 2020).

La Cour a estimé que l'objectif de protection de la sécurité juridique ne pouvait à lui seul suffire à justifier que l'on prive le requérant du droit de connaître son ascendance¹⁸⁴. De même, dans l'arrêt *Bocu c. Roumanie*¹⁸⁵, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 au motif que les tribunaux internes ont rejeté la demande de réouverture de la procédure alors que tous les intéressés semblaient favorables à l'établissement de la vérité biologique concernant la filiation, sur la base d'une preuve scientifique inaccessible à la date de l'action en recherche de paternité¹⁸⁶.

La contestation de la paternité

54. La Convention de 1975 n'aborde que succinctement la question de la contestation de la paternité dans son article 4 qui dispose 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*. Afin de tenir compte de la jurisprudence pertinente de la CEDH et de clarifier cet aspect important des actions en recherche de paternité, les recommandations suivantes sont formulées :

Recommandations

Inclure la règle générale selon laquelle la filiation paternelle établie par présomption ou par reconnaissance volontaire peut être contestée dans le cadre d'une procédure placée sous le contrôle de l'autorité compétente.

La CEDH a établi que toute présomption de paternité doit pouvoir être combattue de manière effective et ne pas, en pratique, s'apparenter à une règle¹⁸⁷. Ainsi, dans les affaires conjointes *L. D. et P. K. c. Bulgarie*¹⁸⁸ où, en l'espèce, le droit interne ne permettait pas à un père biologique présumé d'intenter une action en contestation de la paternité du père légal, et où ce pouvoir était réservé à certaines autorités publiques seulement, qui disposaient d'un pouvoir discrétionnaire illimité en la matière et n'étaient pas tenues de procéder à un examen des différents intérêts en jeu ni de motiver leur décision, la Cour a jugé qu'en dépit de la marge d'appréciation étendue dont bénéficie l'État dans ce domaine, les droits des requérants au titre de l'article 8 avaient été méconnus.

Préciser le ou les motifs permettant de contester la paternité. Conformément à l'article 4 de la Convention de 1975, le seul motif de contestation devrait être que le père légal n'est pas le père biologique de l'enfant.

Préciser qui a le droit de contester la filiation paternelle. Il est proposé d'accorder ce droit au père légal et à l'enfant (ou à son représentant légal) ; ce droit peut également être accordé à la mère, à l'homme qui prétend être le père (et à d'autres personnes justifiant d'un intérêt particulier, par exemple les parents du père s'il est décédé) et aux autorités publiques.

Permettre aux États d'interdire, le cas échéant, la contestation de la paternité au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸⁹.

¹⁸⁴ *Boljević c. Serbie*, §55.

¹⁸⁵ *Bocu c. Roumanie*, n° 58240/14, 30 juin 2020.

¹⁸⁶ *Ibid* §33 et 36.

¹⁸⁷ *Kroon et autres c. Pays-Bas* (n 186).

¹⁸⁸ *L.D. et P.K. c. Bulgarie*, nos 7949/11 et 45522/13, 8 décembre 2016.

¹⁸⁹ Voir, par exemple, *Nylund c. Finlande* (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI et X, *Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-II.

Le recours à la procréation assistée

Recommandations

Inclure des dispositions obligeant les États qui autorisent le recours aux techniques de procréation assistée à prévoir des règles appropriées aux fins de l'établissement d'un lien de filiation.

Ces règles doivent garantir que les personnes concernées sont dûment informées et que les procédures ne sont mises en œuvre qu'avec leur consentement éclairé. Les nouvelles dispositions devraient reposer sur l'idée que l'établissement du lien de filiation en cas de procréation assistée doit être fondé sur les mêmes règles qu'en cas de procréation naturelle. Néanmoins, des règles spéciales peuvent être nécessaires dans des cas particuliers et des orientations doivent alors être fournies. Ces cas comprennent notamment l'utilisation de gamètes ou d'embryons provenant d'un donneur et la conception posthume ou le transfert posthume d'embryon. Dans le premier cas, les États devraient être libres de décider que les donneurs de gamètes ou d'embryons ne sont pas considérés comme les parents légaux¹⁹⁰. Dans le deuxième cas, les États devraient être autorisés à considérer comme parent légal la personne décédée dont les gamètes ont été utilisés ou l'embryon transféré à titre posthume ; toutefois, des restrictions appropriées aux droits de succession peuvent s'appliquer¹⁹¹.

Les nouvelles dispositions devraient également autoriser les États à prévoir que l'homme qui est le conjoint ou (dans les États qui autorisent les partenariats enregistrés/civils pour les couples de sexe différent) le partenaire enregistré/civil ou le concubin de la femme dont l'enfant a été conçu par le biais d'une telle procédure est considéré comme le père légal, sauf s'il est établi qu'il n'a pas consenti à la procédure. Une disposition facultative similaire devrait être prévue, lorsque le droit national le permet, pour la femme qui est l'épouse ou la partenaire enregistrée/civile ou la concubine de la femme dont l'enfant a été conçu par le biais d'une telle procédure. Le caractère facultatif de cette disposition devrait être souligné.

Recommandation

Inclure des dispositions obligeant les États qui autorisent le recours aux techniques de procréation assistée à prévoir des règles appropriées aux fins de la contestation du lien de filiation.

Le lien de filiation devrait pouvoir être contesté lorsque la personne qui est considérée comme le parent légal n'a pas consenti à la procédure ou que l'enfant n'est pas né à la suite de cette procédure. Le droit de contester le lien de filiation devrait être accordé à la personne qui est considérée comme le parent légal et à l'enfant (ou à son représentant légal). Enfin, les États devraient être autorisés à interdire, le cas échéant, la contestation de la paternité au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les propositions ci-dessus reflètent les évolutions législatives intervenues dans de nombreux États membres du Conseil de l'Europe au cours des dernières décennies, en particulier le fait que : 1) un nombre croissant d'États membres ont légalisé le recours à la procréation assistée ; 2) un nombre croissant d'États membres ont légalisé le mariage entre personnes de même sexe ; 3) certains États membres ont ouvert les partenariats enregistrés/civils aux couples de sexe différent ; et 4) certains États membres ont mis les concubins de même sexe sur un pied d'égalité avec les concubins de sexe différent. Néanmoins, une étude comparative de la législation applicable dans les États membres du Conseil de l'Europe est nécessaire pour déterminer dans quelle mesure une position commune se dégage dans ce domaine. Il serait également utile de disposer d'une étude comparative sur l'utilisation posthume du sperme

¹⁹⁰ *J.R.M. c. Pays-Bas* (déc.), n° 16944/90, 8 février 1993.

¹⁹¹ Voir section « Les droits de succession » ci-dessus.

d'un homme/le transfert posthume d'embryons afin d'examiner s'il est possible d'introduire la disposition énoncée dans le deuxième paragraphe ci-dessus¹⁹².

4.9. Responsabilité parentale

55. Les dispositions de la Convention de 1975 relatives à « l'autorité parentale » se limitent à deux courts articles et abordent – et cela se comprend – le sujet exclusivement dans le contexte des enfants nés « hors mariage »¹⁹³. La filiation légale et la responsabilité parentale sont inextricablement liées à la situation de l'enfant et toute analyse des droits et du statut juridique des enfants doit nécessairement s'étendre à la situation juridique des parents et des personnes en charge de l'enfant. Il est donc recommandé d'inclure dans une nouvelle convention/convention révisée un cadre détaillé sur la responsabilité parentale. En outre, quelques domaines spécifiques sont signalés ci-dessous.

56. Le domaine dans lequel une clarification semble nécessaire est celui des relations personnelles. Compte tenu de l'existence de la Convention européenne de 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants¹⁹⁴ (ci-après la « Convention de 2003 »), il est permis de se demander s'il y a lieu d'inclure les relations personnelles dans une nouvelle convention/convention révisée. L'exécution des décisions nationales relatives aux relations personnelles est l'une des questions qui a le plus attiré l'attention de la CEDH dans ce domaine¹⁹⁵. Il conviendrait donc d'envisager de traiter cette question dans une nouvelle convention/convention révisée, d'autant que la Convention de 2003 ne contient qu'une très brève disposition générale concernant l'exécution des décisions relatives aux relations personnelles¹⁹⁶.

57. De même, il est proposé d'envisager d'intégrer dans une nouvelle convention/convention révisée des dispositions sur les aspects procéduraux tels que la nécessité d'un règlement rapide des litiges en matière de responsabilité parentale¹⁹⁷, les exigences de confidentialité de la procédure judiciaire et la fourniture d'une assistance juridique. Cela est d'autant plus vrai que la jurisprudence de la Cour est abondante dans ces domaines¹⁹⁸.

58. La section ci-dessous donne, à travers les rubriques correspondantes, une vue d'ensemble des principes fondamentaux à appliquer dans le contexte de la responsabilité parentale, tels qu'ils sont énoncés dans la jurisprudence récente de la CEDH. Il est proposé d'intégrer ces principes dans une nouvelle convention/convention révisée, soit directement dans les dispositions ou dans le préambule de la convention, soit dans un rapport explicatif accompagnant la convention.

L'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant

59. Dans le cadre d'une procédure de détermination de la responsabilité parentale, les autorités nationales doivent se livrer à « un examen approfondi de l'ensemble de la situation

¹⁹² Le résultat de cet examen peut également avoir un impact sur le contenu de la proposition de révision de la disposition relative à la succession. Voir section « Les droits de succession » ci-dessus.

¹⁹³ Article 7 : « Lorsque la filiation d'un enfant né hors mariage est établie à l'égard des deux parents, l'autorité parentale ne peut être attribuée de plein droit au seul père. L'autorité parentale doit pouvoir être transférée ; les cas de transfert relèvent de la législation interne ». Article 8 : « Lorsque le père ou la mère d'un enfant né hors mariage n'a pas l'autorité parentale sur cet enfant ou la garde de celui-ci, ce parent peut obtenir un droit de visite dans les cas appropriés ».

¹⁹⁴ Convention sur les relations personnelles concernant les enfants (2003) STE n° 192, disponible sur <https://rm.coe.int/1680083729>, dernière consultation : 7/10/2021.

¹⁹⁵ Par exemple, *A.B.V. c. Russie*, n° 56987/15, 2 octobre 2018 ; *Krasicki c. Pologne*, n° 17254/11, 15 avril 2014 ; *P.K. c. Pologne*, n° 43123/10, 10 juin 2014 ; *Plaza c. Pologne*, n° 18830/07, 25 janvier 2011 ; et *Sbârnea c. Roumanie*, n° 2040/06, 21 juin 2011.

¹⁹⁶ L'article 9 de la Convention de 2003 intitulé « La mise en œuvre de décisions relatives aux relations personnelles » dispose que « Les États parties doivent prendre toutes mesures appropriées pour assurer que les décisions relatives aux relations personnelles sont mises en œuvre ».

¹⁹⁷ Voir, par exemple, *Kijowski c. Pologne*, n° 33829/07, 5 avril 2011.

¹⁹⁸ Pour un aperçu détaillé de la jurisprudence pertinente, voir Fenton-Glynn (n 43) 297-302.

familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et procéder à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun »¹⁹⁹.

60. En procédant à cette appréciation, les autorités doivent démontrer que l'intérêt supérieur de l'enfant a été une considération primordiale. L'évaluation de l'intérêt de l'enfant doit aller au-delà du simple examen de la capacité d'un parent à offrir des conditions de vie adéquates, et ne saurait non plus reposer sur des considérations générales – par exemple sur une liaison extraconjugale de l'une des parties²⁰⁰, sur l'orientation sexuelle²⁰¹ ou le handicap²⁰² du parent, ou encore sur ses convictions religieuses²⁰³. Elle doit au contraire consister à examiner les compétences parentales de chaque parent, l'attachement des enfants à chacun d'entre eux et le cadre le plus propice au développement et à l'épanouissement des enfants²⁰⁴.

61. Les tribunaux nationaux doivent justifier dûment toute ingérence dans les droits du requérant²⁰⁵.

62. Il est nécessaire de prendre des décisions individualisées. En conséquence, si les États disposent d'une marge d'appréciation étendue pour déterminer quel est l'intérêt supérieur de l'enfant, celui-ci ne doit pas être défini sur la base d'une présomption légale rigide²⁰⁶.

Dans les arrêts *Sporer c. Autriche*²⁰⁷ et *Leitner c. Autriche*²⁰⁸, la Cour a souligné la nécessité d'une prise de décision individualisée. Dans ces deux affaires, la Cour a examiné la législation autrichienne qui refusait à un père non marié n'ayant jamais exercé conjointement l'autorité parentale un examen judiciaire complet en vue de l'attribution de l'autorité parentale, alors qu'un tel examen était ouvert aux parents séparés dans l'hypothèse où le père avait précédemment été titulaire de l'autorité parentale, soit parce que les parents étaient mariés, soit, lorsqu'ils ne l'étaient pas, parce qu'ils avaient conclu un accord pour exercer conjointement l'autorité parentale. La Cour a conclu à la violation de l'article 14 lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention.

L'opinion de l'enfant

63. Conformément à l'article 12 de la CIDE – qui exige des États qu'ils garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité – les autorités nationales doivent demander l'opinion de tout enfant qui est capable de discernement dans les procédures relatives à la responsabilité parentale²⁰⁹.

64. Participation directe ou indirecte (c'est-à-dire audition de l'enfant non pas par le juge mais par un expert dont le rapport est ensuite soumis au tribunal) : la participation directe n'est pas indispensable pour satisfaire aux exigences de l'article 8, pour autant que l'opinion de l'enfant soit présentée d'une manière ou d'une autre au tribunal²¹⁰.

¹⁹⁹ *Babayeva c. Azerbaïdjan*, n° 57724/11, 30 janvier 2020.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* (n° 75).

²⁰² *Mamchur c. Ukraine*, n° 10383/09, 16 juillet 2015.

²⁰³ Voir *Palau-Martinez c. France*, n° 64927/01, CEDH 2003-XII, et *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, série A n° 255-C.

²⁰⁴ *Zelikha Magomadova c. Russie*, n° 58724/14, 8 octobre 2019 ; et *Babayeva c. Azerbaïdjan* (n° 200).

²⁰⁵ *Naltakyan c. Russie*, n° 54366/08, 20 avril 2021 ; *Schneider c. Allemagne*, n° 17080/07, 15 septembre 2011 ; et *Ilya Lyapin c. Russie*, n° 70879/11, 30 juin 2020.

²⁰⁶ *Fenton-Glynn* (n° 43) 268.

²⁰⁷ *Sporer c. Autriche* (n° 107). Voir également l'arrêt plus ancien *Zaunegger c. Allemagne*, n° 22028/04, 3 décembre 2009.

²⁰⁸ *Leitner c. Autriche* (n° 107).

²⁰⁹ Voir, par exemple, *Mustafa et Armağan Akın c. Turquie*, n° 4694/03, 6 avril 2010 ; *Plaza c. Pologne*, n° 18830/07, 25 janvier 2011 ; et *N.Ts. et autres c. Géorgie*, n° 71776/12, 2 février 2016.

²¹⁰ *Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, CEDH 2003-VIII. Voir également *NTS et autres c. Géorgie* (n° 210).

65. Poids donné à l'opinion de l'enfant : les souhaits de l'enfant ne doivent pas nécessairement être respectés, mais ils doivent être pris en compte dans le cadre de l'évaluation de l'intérêt supérieur général de l'enfant²¹¹.

Le droit de l'enfant d'être consulté et entendu a été développé par la Cour dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie*²¹². La Cour a expliqué que la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 recouvre le droit à l'autonomie personnelle. Bien que, contrairement aux adultes, les enfants ne disposent pas d'une autonomie complète, ils sont néanmoins des sujets de droits. Leur autonomie « augmente progressivement à mesure qu'ils gagnent en maturité » et s'exerce « par le biais de leur droit à être consultés et entendus »²¹³. La Cour a souligné la pertinence de l'article 12 de la CIDE. Il est intéressant de noter que, dans l'arrêt *Iglesias Casarrubios et Cantalapiedra Iglesias c. Espagne*²¹⁴, la question a été examinée sous l'angle du droit de la mère requérante à un procès équitable, garanti par l'article 6§1. La Cour a estimé que, bien que les tribunaux internes ne soient pas toujours tenus d'entendre un enfant en audience lorsqu'est en jeu le droit de visite (car cela dépend de l'âge et de la maturité de l'enfant concerné), l'article 6 englobe le droit des parties au procès à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire. Cela inclut le droit des enfants d'être entendus lorsqu'ils le demandent ou, tout au moins, l'obligation pour le tribunal de motiver tout refus d'audition.

En ce qui concerne le poids donné à l'opinion de l'enfant, la Cour a estimé que la non-prise en compte de l'opinion de l'enfant viderait de son sens tout mécanisme de participation, même le plus solide²¹⁵. Cela ne signifie pas pour autant que les souhaits de l'enfant doivent nécessairement être respectés, mais ils doivent être pris en compte dans le cadre de l'évaluation de l'intérêt supérieur général de l'enfant. Dans l'arrêt *AV c. Slovénie*²¹⁶, la Cour a résumé comme suit sa jurisprudence dans ce domaine : « Si la jurisprudence de la Cour exige que l'opinion des enfants soit prise en compte, celle-ci n'est pas nécessairement immuable et les objections des enfants, qui doivent être dûment prises en compte, ne sont pas nécessairement suffisantes pour l'emporter sur les intérêts des parents, notamment sur celui d'avoir des contacts réguliers avec leur enfant. En particulier, le droit de l'enfant d'exprimer son point de vue ne doit pas être interprété comme conférant en pratique un droit de veto inconditionnel à l'enfant sans que d'autres facteurs soient pris en considération et qu'un examen soit effectué pour déterminer son intérêt supérieur ; cet intérêt suppose normalement le maintien des liens entre l'enfant et sa famille, sauf dans les cas où cela nuirait à sa santé et à son développement²¹⁷ ».

Ces orientations ont indirectement été confirmées dans l'arrêt *Osman c. Danemark*²¹⁸, où la Cour a implicitement reconnu la nécessité d'une approche plus centrée sur l'enfant dans les litiges de droit privé concernant des enfants. Elle a reconnu la nécessité de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision concernant l'étendue de l'autorité parentale, et a mis l'accent sur l'autonomie et les droits individuels de l'enfant en affirmant que, « [...] dans le respect des droits parentaux, les autorités ne peuvent faire abstraction de l'intérêt de l'enfant, notamment de son droit au respect de sa vie privée et familiale »²¹⁹.

²¹¹ *A. V. c. Slovénie*, n° 878/13, 9 avril 2019.

²¹² *M. et M. c. Croatie*, n° 10161/13, CEDH 2015 (extraits).

²¹³ *Ibid* §171.

²¹⁴ *Iglesias Casarrubios et Cantalapiedra Iglesias c. Espagne*, n° 23298/12, 11 octobre 2016.

²¹⁵ *M. et M. c. Croatie* (n 213).

²¹⁶ *A. V. c. Slovénie*, n° 878/13, 9 avril 2019.

²¹⁷ *Ibid* §72.

²¹⁸ *Osman c. Danemark*, n° 38058/09, 14 juin 2011.

²¹⁹ *Ibid* §73.

Les litiges entre parents et tiers

66. Si, dans les contentieux portant sur la garde des enfants, aucun des parents n'a le droit d'être privilégié au détriment de l'autre, la Cour a clairement indiqué que les droits des parents doivent prévaloir sur ceux des tiers²²⁰.

67. Lorsque le parent et l'enfant ont été séparés, que ce soit à la suite d'une mesure prise par les autorités nationales²²¹ ou non²²², l'État a l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour permettre la réunion du parent et de l'enfant.

68. Parfois, des mesures préparatoires (telles que des mesures visant à faciliter le rétablissement des contacts personnels entre l'enfant et le parent) sont nécessaires avant que la réunion puisse avoir lieu et, dans ces circonstances, les autorités nationales doivent agir rapidement pour prendre ces mesures. Le fait de ne pas prendre de telles mesures préparatoires avant de chercher à transférer la résidence de l'enfant peut constituer une atteinte aux droits garantis par la Convention²²³.

4.10. Obligations d'entretien

69. La Convention de 1975 contient une disposition de non-discrimination concernant les obligations d'entretien des parents et des autres membres de la famille à l'égard d'un enfant né hors mariage²²⁴. Le champ d'application de cette disposition devrait être étendu à tous les enfants (pas seulement aux enfants nés hors mariage). La disposition élargie devrait comprendre deux volets et devrait : 1) imposer aux États de prévoir dans leur droit interne que les parents ont le devoir d'entretenir l'enfant ; et 2) permettre aux États de prévoir dans leur droit interne que d'autres personnes sont tenues d'entretenir l'enfant.

La jurisprudence de la CEDH n'a pas connu d'évolution significative dans le domaine de l'obligation d'entretien des enfants au cours de la dernière décennie. Plusieurs affaires anciennes ont porté sur l'attribution, la quantification et l'imposition de pensions alimentaires pour enfants et les requérants ont tenté de faire valoir des violations de leurs droits au titre des articles 6 et 8 de la CEDH et de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Jusqu'à présent, cependant, aucun de ces recours n'a prospéré²²⁵. Les seuls cas dans lesquels les requérants ont partiellement obtenu gain de cause dans le domaine des pensions alimentaires pour enfants sont les recours fondés sur l'article 14²²⁶. Le dernier aspect de la question des pensions alimentaires pour enfants soulevé devant la Cour concernait les mesures prises par les autorités nationales en matière d'exécution des obligations alimentaires²²⁷.

Recommandation

Il est recommandé d'inclure dans une nouvelle convention/convention révisée une disposition élargie concernant l'obligation d'entretien, ainsi que proposé ci-dessus, en s'appuyant sur l'article 6 de la Convention de 1975.

²²⁰ Fenton-Glynn (n 43) 264.

²²¹ *Görgülü c. Allemagne*, n° 74969/01, 26 février 2004.

²²² *Lyubenova c. Bulgarie*, n° 13786/04, 18 octobre 2011.

²²³ *N.T.S. et autres c. Géorgie* (n 210).

²²⁴ Cette disposition est divisée en deux paragraphes. Article 6§1 : « 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§2 : « Lorsque l'obligation d'entretien d'un enfant né dans le mariage incombe à certains membres de la famille du père ou de la mère, l'enfant né hors mariage bénéficie également de cette obligation ».

²²⁵ Fenton-Glynn (n 43) 210. Voir *Burrows c. Royaume-Uni*, n°27558/95, 27 novembre 1996 (article 1^{er} du Protocole n° 1) ; et *Logan c. Royaume-Uni*, n°24875/94, 6 septembre 1996 (articles 6 et 8).

²²⁶ *P.M. c. Royaume-Uni*, n° 6638/03, 19 juillet 2005 (discrimination à l'encontre d'un père non marié au motif que, bien qu'il soit soumis à la même obligation de paiement d'une pension alimentaire qu'un père marié, il n'avait pas droit aux mêmes déductions fiscales au titre de ce paiement) ; et *J.M. c. Royaume-Uni*, n° 37060/06, 28 septembre 2010 (différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle en rapport avec des dispositions sur la pension alimentaire).

²²⁷ *Battista c. Italie*, n° 43978/09, CEDH 2014 ; et *Torresi c. Italie* (déc.), n°68957/16, 17 décembre 2020.

5. Conclusion

70. Le présent rapport démontre la nécessité urgente d'une réforme de la Convention de 1975 pour préserver son utilité pratique. Toute réforme doit cependant adopter une approche centrée sur l'enfant, tenir compte des obligations imposées aux États membres par la CIDE et placer les droits et les intérêts légitimes des enfants au-dessus de toute autre considération. Le processus de modernisation de la Convention devrait aller de pair avec l'élargissement de son champ d'application, ainsi que proposé ci-dessus, et l'incorporation de la jurisprudence pertinente de la CEDH, comme indiqué tout au long du présent rapport.

71. La discrimination à laquelle étaient autrefois confrontés les enfants nés « hors mariage » a aujourd'hui été largement éliminée et une nouvelle convention/convention révisée contribuerait à combler les lacunes qui subsistent, tant dans le contexte de l'établissement de la filiation que dans celui de l'attribution et de l'exercice des responsabilités parentales, notamment par le biais d'une disposition générale de non-discrimination, de dispositions spécifiques de non-discrimination applicables à la succession et à l'entretien, et de garanties visant à protéger l'identité de l'enfant.

72. Toutefois, une nouvelle convention/convention révisée doit également viser à combler les lacunes dans la protection des enfants apparues plus récemment – au cours des dernières décennies – en raison de l'émergence de nouvelles formes de famille et des progrès des techniques de procréation assistée. Ces changements ont fait émerger des catégories d'enfants dont les droits ne sont pas pleinement protégés et qui, dans de nombreux États membres, sont victimes d'inégalités de traitement, notamment lorsqu'il s'agit de formaliser leurs relations avec leurs parents biologiques et non biologiques et avec les personnes qui s'occupent d'eux au quotidien. Comme indiqué dans la troisième partie du présent rapport, il s'agit en particulier des enfants nés de parents homosexuels et transgenres, et des enfants nés par le biais de techniques de procréation assistée, notamment dans le cadre d'une maternité de substitution.

ANNEXE : TABLEAU DES RECOMMANDATIONS

Disposition de la Convention STE n°85	Domaine	Recommandation
N/A	Principe de non-discrimination	Nouvel article comprenant une disposition générale interdisant la discrimination des enfants pour les motifs énumérés dans la disposition + nouvel article soulignant que les enfants ne doivent pas être discriminés en raison de l'état civil de leurs parents
Article 9	Droits de succession	Nouvel article ou article 9 révisé prévoyant l'égalité des droits des enfants dans la succession de leurs parents et de la famille de leurs parents, quelles que soient les circonstances de leur naissance
N/A	Droit d'accès de l'enfant aux informations concernant ses origines	Nouvel article énonçant le droit général d'accès des enfants aux informations concernant leurs origines
N/A	Droit à un nom de famille	Nouvel article prévoyant que les enfants ont le droit d'acquérir un nom de famille à la naissance
N/A	Droit à une nationalité	Nouvel article prévoyant que les enfants acquièrent la nationalité de leur mère ou de leur père, indépendamment de la situation matrimoniale de leurs parents
Articles 2-5	Établissement d'un lien de filiation	Nouvel article applicable à tous les enfants (et pas seulement aux enfants nés hors mariage) prévoyant que les États offrent la possibilité légale d'établir un lien de filiation par présomption, reconnaissance ou décision judiciaire
Articles 2-5	Restrictions au droit d'établir un lien de filiation	Nouvel article contenant des orientations générales sur l'étendue des restrictions pouvant être apportées au droit d'établir un lien de filiation

Articles 2-5	Exercice de mise en balance dans les procédures de recherche de paternité	Nouvel article contenant des orientations générales sur la mise en balance dans les procédures de recherche de paternité
Articles 2-5	Nécessité d'un règlement rapide des procédures de recherche de paternité	Nouvel article soulignant la nécessité d'une résolution rapide des procédures de recherche de paternité
Article 5	Utilisation des tests ADN dans les procédures de recherche de paternité	Nouvel article ou article 5 révisé prévoyant que, dans les actions relatives à la filiation paternelle, les preuves scientifiques susceptibles d'établir ou d'écarter la paternité doivent être admises
Article 2	Filiation maternelle : règle générale	Article 2 révisé précisant que la mère gestatrice est considérée comme la mère légale indépendamment de son lien génétique avec l'enfant
Article 2	Filiation maternelle : possibilité de prévoir des exceptions à la règle générale	Nouvel article permettant aux États de prévoir des exceptions à la règle selon laquelle la mère gestatrice est considérée comme la mère légale (pour tenir compte de pratiques telles que les accouchements sous X).
Article 2	Filiation maternelle : maternité de substitution	Nouvel article permettant aux États qui disposent d'une législation sur la maternité de substitution de déroger à la règle générale sur la filiation maternelle en cas de maternité de substitution (par exemple, pour permettre à la mère porteuse d'être considérée comme la mère légale à la naissance)
Article 2	Contestation de la filiation maternelle	Nouvel article permettant aux États de mettre en place des procédures permettant de contester la filiation maternelle au motif que la mère présumée n'est pas la femme qui a donné naissance à l'enfant

N/A	Établissement de la paternité par présomption de filiation paternelle	Nouvel article incluant la présomption traditionnelle de paternité selon laquelle le mari de la femme qui a accouché est automatiquement présumé être le père et est donc considéré comme le père légal
N/A	Établissement de la paternité par présomption de filiation paternelle : délai	Nouvel article permettant aux États de prévoir un délai durant lequel la présomption de paternité est applicable
N/A	Recherche de paternité : résultats contradictoires	Nouvel article visant à encourager les États à prévoir des règles pour les cas où l'application des présomptions conduit à des résultats contradictoires
N/A	Applicabilité de la présomption de filiation paternelle aux partenariats enregistrés/civils de couples de sexe différent et aux concubins de sexe différent	Nouvel article permettant aux États d'appliquer, <i>mutatis mutandis</i> , la présomption de paternité aux partenariats enregistrés/civils de couples de sexe différent et/ou aux concubins de sexe différent
N/A	Applicabilité de la présomption de filiation paternelle aux couples mariés de même sexe, aux partenariats enregistrés/civils de couples de même sexe et aux concubins de même sexe	Nouvel article permettant aux États d'appliquer la présomption de paternité aux couples mariés de même sexe, aux partenariats enregistrés/civils de couples de même sexe et/ou aux concubins de même sexe
Article 3	Établissement de la filiation paternelle par reconnaissance volontaire	Article 3 révisé prévoyant l'établissement de la paternité par reconnaissance volontaire + nouvel(aux) article(s) permettant aux États d'imposer des conditions à cette reconnaissance et d'autoriser la reconnaissance volontaire, effective à compter de la naissance, pendant la grossesse de la mère
Article 3	Établissement de la filiation paternelle par décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente	Article 3 révisé prévoyant l'établissement de la paternité par décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente +

		nouvel(aux) article(s) établissant le droit de l'enfant d'engager une action en recherche de paternité, permettant aux États d'accorder à d'autres personnes le droit d'engager une telle procédure en justice, et comprenant des orientations sur la possibilité de limiter dans le temps le droit d'engager une action en recherche de paternité
Article 4	Contestation de la filiation paternelle	Article 4 révisé énonçant la règle générale selon laquelle la filiation paternelle établie par présomption ou reconnaissance volontaire peut être contestée dans le cadre d'une procédure placée sous le contrôle de l'autorité compétente + article 4 révisé précisant que le seul motif de contestation est le fait que le père légal n'est pas le père biologique de l'enfant + nouvel article précisant qui a le droit de contester la filiation paternelle + nouvel article permettant aux États d'interdire, le cas échéant, la contestation de la paternité au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant
N/A	Établissement de la filiation en cas de procréation assistée	Nouvel article obligeant les États qui autorisent le recours aux techniques de procréation assistée à prévoir des règles appropriées aux fins de l'établissement d'un lien de filiation
N/A	Contestation de la filiation en cas de procréation assistée	Nouvel article obligeant les États qui autorisent le recours aux techniques de procréation assistée à prévoir des règles appropriées aux fins de la contestation du lien de filiation

Articles 7 et 8	Responsabilité parentale	Articles 7 et 8 révisés traitant en détail de la responsabilité parentale, y compris des relations personnelles. Ces dispositions devraient intégrer, entre autres, le principe de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son opinion
Article 6	Entretien	Article 6 révisé applicable à tous les enfants (pas seulement aux enfants nés hors mariage), imposant aux États de prévoir dans leur droit interne que les parents ont le devoir d'entretenir l'enfant, et permettant aux États de prévoir dans leur droit interne que d'autres personnes sont tenues d'entretenir l'enfant