

Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X
(Cour EDH, grande ch. 13 févr. 2003, *Odièvre c/ France*, D. 2003.739, chron. B. Mallet-Bricout, p. 1240 ; cette Revue, *supra*, p. 276, obs. J. Hauser ; JCP 2003.éd.G. étude Ph. Malaurie et II.10049 note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre)

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Limoges ; Membre de l'observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (Limoges)

Annoncé depuis longtemps, déjà commenté par anticipation (O. Roy, Petite affiches, 3 oct. 2002, n° 198, p. 6), l'arrêt relatif au droit (avec ou sans guillemets) pour les enfants nés sous X de connaître leur origine maternelle, est un des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme qui a été attendu avec le plus d'impatience. En lui-même, cet engouement est intéressant. Il révèle en effet que, depuis l'arrêt *Mazurek*, les praticiens et les théoriciens ont enfin pris clairement conscience de ce que la Convention européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sont de véritables sources du droit civil français même si, à l'évidence, elles ne peuvent que venir en souillant le sublime ordonnancement face auquel l'univers entier est encore pantois d'admiration. Pour aiguïser cette curiosité toute nouvelle, le législateur avait en outre pris l'heureuse initiative d'adopter une loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat. Par rapport à l'affaire *Mazurek* où l'arrêt de la Cour de Strasbourg avait précédé et largement provoqué la loi du 3 décembre 2001, la situation était donc inversée : la loi du 22 janvier 2002 avait été adoptée avant l'arrêt de la Cour de Strasbourg dont on pouvait se demander si elle ne s'érigerait pas en censeur de la loi à la requête d'un particulier qui, faut-il le rappeler, ne dispose en France ni de recours d'amparo, ni de plainte constitutionnelle ni même d'exception d'inconstitutionnalité. L'insoutenable suspense a pris fin le 13 février 2003 grâce à un arrêt décernant un brevet de conventionnalité à la loi française qui permet à la mère de demander et d'obtenir la préservation du secret de son identité aussi bien au moment qu'après l'accouchement. Avant de risquer une appréciation critique de cet arrêt, il convient d'évoquer brièvement sa portée. Elle est ambiguë. En effet, on observe, d'un côté, que la solution de l'arrêt *Odièvre* a été seulement adoptée à la faible majorité de 10 voix - dont celle du juge français J.-P. Costa - contre 7 - dont celle du président L. Wildhaber -. De Limoges, c'est-à-dire loin de tout, on pourrait presque croire que l'arrêt *Odièvre* n'est que le résultat de l'habileté manoeuvrière du juge français ; lequel avait déjà réussi à sauver la patrie de justesse dans l'affaire *Fretté* (V. RTD civ. 2002.390). D'un autre côté, il faut bien constater que l'arrêt *Odièvre* a été rendu en grande chambre parce que la chambre de la troisième section, à qui l'affaire avait été initialement attribuée, s'était dessaisie en sa faveur conformément à la règle prévue par l'article 30 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'hypothèse d'une « question grave relative à l'interprétation de la Convention ». A cet égard, il est permis de se demander si la requérante, qui aurait pu s'opposer à ce que l'affaire soit directement et définitivement jugée par la formation solennelle de la Cour européenne des droits de l'Homme, a été bien inspirée.

La solution finalement retenue n'est pas loin d'être satisfaisante, mais le raisonnement suivi pour la justifier pourrait presque être qualifié d'affligeant. En effet, pour apporter à une question elle aussi « complexe » et délicate, une réponse qui, comme en matière d'avortement (cf. *supra* n° 1), fait, en définitive, prévaloir les droits de la Femme, la Cour européenne des droits de l'Homme accumule de nombreuses incohérences juridiques qui, pour la plupart, ont été fortement dénoncées dans l'opinion dissidente commune au président Wildhaber et à six autres juges puis implacablement caractérisées par les premiers

commentateurs (V. note préc. de A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre).

La première raison de s'étonner tient à la conclusion que la Cour tire de l'isolement de la France en matière d'accouchement sous X. Après avoir constaté qu'il n'y avait pas d'autres législations consacrant l'impossibilité à jamais d'établir un lien de filiation à l'égard de la mère biologique, elle aurait dû constater l'existence, en faveur de l'accès aux origines, d'un consensus européen, à peine troublé par la récente instauration en Allemagne de la pratique des « boîtes à bébés » (*Babyklappen*) qui conduit logiquement et habituellement, à restreindre la marge d'appréciation de l'Etat (cf. Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, préc. p. 69 ; et La Cour européenne des droits de l'Homme, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd. 2002, p. 45) et à l'exposer aux plus grands risques de condamnation. Or, en l'occurrence, la spécificité française a été au contraire considérée comme une marque de la diversité des systèmes et traditions juridiques face à laquelle il faut reconnaître à l'Etat dissident une « certaine » et salvatrice marge d'appréciation. Cette inversion de la démarche ordinaire peut être appréciée de deux façons. Il est possible qu'elle soit destinée à désamorcer indirectement « la critique fondamentale » qui est adressée par certains auteurs (Ph. Malaurie, étude préc.) suivant lesquels « ce genre de question ne devrait pas relever de la Cour de Strasbourg ». Il est plus probable qu'elle aura illustré « de manière caricaturale » que le recours à l'interprétation consensuelle n'est que « le faux semblant » du pouvoir discrétionnaire de la Cour (A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, *op. cit.*). Dans le prolongement de cette idée, on ne manquera pas de s'étonner de ce que la Cour européenne des droits de l'Homme, souvent si portée à s'abreuver à des sources extérieures au Conseil de l'Europe (cf. RTD civ. 2002.860 et 863) ait cru devoir passer sous silence l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui reconnaît à l'enfant « le droit, dans la mesure du possible, de connaître ses parents » et l'appréciation du Comité des droits de l'enfant, mis en place en vertu de l'article 43 de la Convention internationale des droits de l'enfant, suivant lequel les quelques Etats qui comme la France avaient admis le secret des origines à l'occasion des procréations médicalement assistées ou des accouchements sous X méconnaissent l'article 7 (cf. J. Dhommeaux, Le rôle du Comité des droits de l'enfant dans le contrôle, l'interprétation et l'évolution de la Convention relative aux droits de l'enfant, *in Liber amicorum* K. Vasak, éd. Bruylant, 1998, p. 569). On aimerait bien quand même comprendre pourquoi, en certaines occasions, la Cour de Strasbourg va chercher aux antipodes la moindre décision nationale qui l'arrange, alors que, d'autres fois, elle ignore délibérément des dispositions à portée universelle qui la gênent. On aimerait bien quand même comprendre pourquoi la Convention internationale des droits de l'enfant a été un atout majeur pour un enfant adultérin de 58 ans (cf. § 18 et 52 de l'arrêt *Mazurek*) alors qu'il n'est d'aucun secours pour une enfant adoptive de 37 ans en quête de ses origines maternelles. Il est plus que temps que la Cour de Strasbourg livre au justiciable européen les secrets de l'utilisation de ses sources internationales d'inspiration et qu'elle commence à s'appliquer à elle-même une petite partie des exigences de prévisibilité qu'elle sait si bien imposer aux autres.

Le second motif d'étonnement tient à l'enchevêtrement de la théorie des obligations positives et du mécanisme de l'effet horizontal que la Cour confond avec une particulière habileté en l'espèce. Il est vrai que les liens entre les obligations positives, l'effet horizontal et le principe de proportionnalité, qui gouvernent leur mise en oeuvre respective, sont assez difficile à démêler. Un certain nombre de points semblent néanmoins établis. Il est tout d'abord admis que le principe de proportionnalité, d'ordinaire favorable au requérant individuel, s'inverse à son détriment en matière d'obligation positive puisqu'il permet d'apprécier s'il ne serait pas démesuré d'en mettre une à la charge de l'Etat (cf. Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, *op. cit.* p. 49). Il en résulte que le choix de se placer sur le terrain des obligations positives détermine un contrôle européen assoupli (cf. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, *op. cit.* n° 9). Ensuite, il est démontré que l'effet horizontal n'est pas nécessairement lié à l'existence d'une obligation positive : il peut y avoir un tel effet interindividuel sanctionné au titre d'une obligation négative de l'Etat qui a donné à un particulier les moyens ou un encouragement pour porter atteinte au droit garanti d'une autre personne (cf. Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, *op. cit.* p. 29-30). Alors il n'y a plus de justification à un assouplissement du contrôle européen. Or, en l'espèce, la Cour a rattaché à une obligation positive, conduisant à un contrôle européen réduit, un effet horizontal de

l'article 8 qui est lié à une obligation négative puisque, en l'occurrence, le droit français, en admettant l'accouchement sous X, a donné à la mère biologique le moyen imparable de porter atteinte au droit de l'enfant de connaître ses origines (V. déjà A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, *op. cit.*). Ce relais intempestif de la théorie des obligations positives semble surtout avoir eu pour conséquence une amplification contestable du rôle de l'intérêt général dans la détermination du juste équilibre à établir entre deux intérêts particuliers. On sait que l'application du principe de proportionnalité à une hypothèse de diffusion de l'effet horizontal est placée sous le signe de l'ambiguïté en raison d'une tendance peu réfléchie à placer machinalement une personne privée dans la situation exorbitante de pouvoir limiter un droit fondamental d'un autre particulier dans un but d'intérêt général (cf. RTD civ. 2002.867¹). Dans l'affaire *Mikulic c/Croatie* du 7 février 2002 relative à la question symétrique de l'accès à la connaissance des origines paternelles, la Cour européenne des droits de l'Homme avait pu donner l'impression de commencer à clarifier les données de cette application atypique du principe de proportionnalité en confrontant résolument l'intérêt particulier de l'enfant à connaître le plus vite possible son identité et l'intérêt particulier du père soupçonné à ne pas être soumis à des examens médicaux (*ibid.*). Dans l'affaire *Odièvre*, il ne s'agit plus d'un face à face entre deux intérêts privés difficilement conciliables. Partant du point de vue suivant lequel ces deux intérêts touchaient non une adulte et un enfant mais deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté, la Cour a en effet convoqué du côté de la mère les tiers et l'intérêt général. Il n'y a pas lieu de beaucoup s'étonner de ce que, pour pouvoir avantager une femme qui s'était séparée de son enfant avec une indifférence absolue, la Cour européenne des droits de l'Homme ait estimé ne pas avoir à porter de jugement sur cette attitude. Il est en revanche curieux de voir prendre en compte, parmi les tiers qu'il faut aussi songer à protéger, non seulement le père mais aussi les frères et sœurs, dont personne ne peut savoir s'ils seraient tous furieux d'apprendre l'existence d'un autre collatéral, privilégié du seul point de vue biologique, et surtout les parents adoptifs qui, ayant compris l'irrévocabilité du lien de filiation établi à leur égard, pourraient au contraire accompagner leur enfant dans sa quête de ses origines génétiques. Quant à l'intérêt général, il est rattaché, dans le prolongement de l'arrêt *Pretty* (RTD civ. 2002.858²) au droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention. Il est sans doute vrai que la possibilité offerte aux femmes enceintes d'accoucher sous X permet d'éviter un certain nombre d'avortements, notamment clandestins, et de préserver la vie d'autant d'enfants à naître. Il est quand même étonnant que le droit à la vie du fœtus, encore dans l'antichambre de l'article 2 (cf. *supra* n° 1³), compte pour si peu quand il contrarie la volonté de la femme qui le porte et qu'il revête une telle importance quand il conforte son intérêt longtemps même après qu'elle ne le porte plus. Toujours du point de vue de l'intérêt général, on pourrait aussi faire observer que la Cour européenne des droits de l'Homme, comme tout le monde d'ailleurs, est bien discrète sur le risque que le secret des origines fait courir à des frères et sœurs qui s'ignorent d'établir malgré eux des relations incestueuses. Sans doute les statistiques sont-elles rassurantes, mais le hasard qui préside aux rencontres dans les discothèques est souvent malicieux... En tout cas, le raisonnement suivi par la Cour de Strasbourg a faussé le jeu de l'effet horizontal puisque l'intérêt de la requérante à connaître ses origines n'a pas été opposé à celui de sa mère de rester anonyme mais à celui de la société tout entière à ce que les femmes enceintes en général puisse avoir le choix d'accoucher sous X. Lorsque, en matière d'application de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations interindividuelles, la Cour européenne des droits de l'Homme décide, péremptoirement, que l'un des deux intérêts particuliers épouse l'intérêt général, il est assez probable que l'autre intérêt particulier se sentira floué... Il conviendrait donc qu'une véritable théorie générale de l'effet horizontal soit élaborée pour dissiper aussi l'ambiguïté de sa soumission au principe de proportionnalité. Malheureusement, par son arrêt *VGT Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse* du 28 juin 2001, la Cour a refusé d'esquisser cette théorie générale.

La troisième raison d'être surpris tient aux comparaisons que la Cour établit ou n'établit pas avec les précédentes affaires où il lui avait fallu aborder la question du droit à la connaissance des origines. Il convient tout d'abord d'observer qu'elle ne fait aucune place dans sa démonstration à l'arrêt *X, Y et Z c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997 (RTD civ. 1997.1011⁴) par lequel elle avait prudemment refusé de prendre parti sur le point de savoir s'il est préférable, du point de vue de l'enfant conçu par IAD, de protéger l'anonymat du donneur de sperme ou de donner à l'enfant le droit de connaître l'identité de celui-ci, parce que l'on se trouvait dans

une période transitoire où il n'existait pas d'assentiment général des Etats membres du Conseil de l'Europe. En matière d'accouchement sous X, il n'y a pas davantage d'assentiment général, pourtant la Cour sait déjà que le droit à l'identité et à l'épanouissement personnel, le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur, la sauvegarde de la stabilité mentale, l'intérêt vital à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle qui relèvent du droit au respect de la vie privée de l'enfant au sens de l'article 8 (V. notamment l'arrêt *Bensaïd c/ Royaume-Uni* du 6 févr. 2002, JCP 2001.éd.GI.342, n° 6, obs. F. Sudre), ne peuvent jamais déboucher sur l'obligation de divulguer des informations déjà collectées. Pour étayer sa solution, la Cour, en revanche, a comparé les données de l'affaire *Odièvre* avec celles des affaires *Gaskin c/ Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 (Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, *op. cit.* p. 324) et *Mikulic* (préc.). Elle a estimé que « la question de l'accès à ses origines et de la connaissance de l'identité de ses parents biologiques », soulevée dans l'affaire *Odièvre*, « n'est pas de même nature que celle de l'accès au dossier personnel établi sur un enfant pris en charge », posée dans l'affaire *Gaskin*, « ou celle de la recherche des preuves d'une paternité alléguée » débattue dans l'affaire *Mikulic* parce que l'on se trouve, « dans le cas d'espèce, en présence d'une personne dotée d'une filiation adoptive qui recherche une autre personne, sa mère biologique, qui l'a abandonnée dès sa naissance et qui a expressément demandé le secret ». Il est vrai qu'il existe une différence majeure avec l'affaire *Gaskin* qui ne portait pas sur l'accès aux origines du requérant, connues depuis la naissance aussi bien du côté paternel que du côté maternel. En revanche, la différence entre les affaires *Odièvre* et *Mikulic* n'est pas celle que la Cour indique : dans les deux cas en effet il s'agit bien, en définitive, de connaître l'identité des parents biologiques ; dans les deux cas l'existence ou l'absence d'un lien de filiation adoptive est sans importance puisque dans l'affaire *Mikulic* la discussion ne portait pas directement sur l'établissement de la filiation naturelle mais, également, sur l'intérêt vital, protégé par la Convention, de recevoir des informations nécessaires à la découverte de la vérité sur un élément important de l'identité personnelle (cf. § 64 de l'arrêt *Mikulic*). En réalité, la Cour fait semblant d'ignorer la seule différence qui distingue les deux affaires : dans un cas il s'agissait de protéger la mère ayant fui ses responsabilités familiales contre les prétentions de l'enfant cherchant à savoir d'où il venait ; dans l'autre il ne s'agissait que de protéger le père désinvolte contre les mêmes menaces.

Pour essayer de dissimuler toutes ces contradictions, la Cour a estimé que la question à laquelle elle devait répondre prenait toute sa dimension dans l'examen de la loi du 22 janvier 2002. Même si elle a reconnu qu'il était peu probable que la requérante puisse un jour obtenir ce qu'elle cherche grâce au nouveau dispositif, la Cour de Strasbourg a cru devoir délivrer un brevet de conventionnalité à la législation française qui tente « d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause ». La mise en place par la loi du 22 janvier 2002 d'un Conseil national de l'accès aux origines personnelles, organe indépendant qui faisait défaut dans l'affaire *Mikulic*, lui aura donc semblé suffisamment respectueuse des exigences de son arrêt *Gaskin*. Il ne fait guère de doute que si le législateur n'avait pas récemment accompli ce petit pas dans la bonne direction européenne, la condamnation de la France eût été inévitable. Cet épisode est, en soi, très intéressant du point de vue des sources internationales : il démontre avec éclat qu'un législateur avisé peut détourner la foudre européenne qui était prête à frapper en opérant une furtive genuflexion devant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il reste que cet échange de politesses européennes conduit plutôt à noyer les problèmes qu'à les résoudre. En l'occurrence, la Cour européenne des droits de l'Homme eût donné beaucoup plus de force à sa solution intégralement favorable à la femme souhaitant obtenir et conserver le secret de sa maternité si, comme en matière d'avortement (cf. *supra* n° 1), elle avait eu le courage d'aborder résolument la question de l'accouchement sous X en termes de droits spécifiques de la femme. Si, comme dans l'affaire *Boso*, jugée il est vrai en formation beaucoup moins solennelle, elle avait mis au premier plan l'influence de la grossesse sur la santé physique et psychique de la femme, elle aurait pu donner une autre ampleur à sa décision. Il faut néanmoins reconnaître que la Cour a évoqué la question de la santé (au § 44) en deux lignes où elle affirme qu'« on ne saurait dénier l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées ». On a pourtant du mal à se convaincre que la question de la santé se pose essentiellement au moment de l'accouchement et que les conditions

médicales appropriées à ce moment là puissent varier selon que la parturiente souhaite ou ne souhaite pas garder l'anonymat. En réalité, c'est la santé psychique et physique de la femme avant, pendant et après l'accouchement qui devrait être prise en compte pour répondre à l'ensemble des difficultés soulevées par l'accouchement sous X. Pour vérifier dans quelle mesure cette approche permettrait de surmonter les contradictions et les ambiguïtés de l'arrêt *Odièvre*, il faudra distinguer celles qui concernent indirectement l'homme de celles qui touchent directement l'enfant.

S'agissant de l'homme, l'arrêt *Odièvre* conduit à constater qu'il existe désormais une très forte différence de traitement entre le père anonyme dont le droit au respect de la vie privé doit toujours s'effacer, selon l'arrêt *Mikulic*, face à l'intérêt supérieur de l'enfant à connaître sans retard la vérité sur un aspect important de son identité personnelle et la mère anonyme dont le droit au secret peut toujours l'emporter sur le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines. Une très sommaire comparaison entre les rôles que la nature a respectivement confiés à la mère et au père dans le processus de procréation puis entre les répercussions que leur accomplissement peut avoir sur la santé physique et psychologique de l'une et de l'autre, devrait pouvoir faire apparaître assez rapidement pourquoi la femme - qui est déjà la seule à pouvoir décider de subir un avortement - pourrait détenir un droit au secret qui n'appartiendrait pas à l'homme. Il serait en revanche beaucoup plus difficile d'expliquer pourquoi la décision unilatérale de la mère d'accoucher sous X « a pour effet de priver un homme du droit fondamental de reconnaître sa paternité » (S. Aubin, Petites affiches, 20 mars 2003, n° 57, p. 6). En effet, les considérations tirées de la santé physique et psychique de la femme, qui permettent de justifier qu'un homme soit privé de tout espoir d'être père par une décision d'avortement à laquelle il n'est pas associé (cf. *supra* n° 1) ne peuvent pas être retenues ici car ce sont essentiellement des difficultés de techniques juridiques qui s'opposent alors à l'établissement de la paternité.

S'agissant de l'enfant, l'arrêt *Odièvre* a sacrifié son intérêt individuel à celui de sa mère biologique adossé à l'intérêt des tiers et à l'intérêt général. Dans l'affaire *Boso*, relative à l'avortement, l'intérêt de l'enfant avait été seulement opposé à la santé psychique et physique de la mère (cf. *supra* n° 1). Si cette démarche était transposée à la question de l'accouchement sous X, il ne devrait pas en résulter de grand changement de la solution retenue le 13 février 2003 quant au secret au moment de l'accouchement. En effet, on peut raisonnablement estimer que la demande de la mère ne soit alors que la traduction d'un trouble de sa santé psychique qui, quelques mois plus tôt, aurait tout aussi bien pu justifier un avortement pour convenance personnelle. Le changement de perspective aurait en revanche des conséquences plus profondes sur l'organisation de la réversibilité du secret après la naissance. En effet, plus le temps passe moins la coïncidence entre la volonté négative de la mère et son état de santé est assuré ; plus la période au cours de laquelle l'avortement était possible s'éloigne ; moins l'interférence entre le droit à la vie et l'accouchement sous X est perceptible. On pourrait donc imaginer qu'il y ait lieu à une véritable pesée des intérêts individuels en présence et que la décision de maintenir ou de lever le secret dépende des résultats de cette pesée et non plus de la volonté exclusive de la mère. Pour permettre le fonctionnement d'un tel système de véritable conciliation des intérêts individuels en présence, il suffirait de conférer au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, qui, pour l'heure, peut seulement révéler l'identité de la mère lorsqu'il dispose d'éléments permettant de déceler une faille dans sa volonté de garder le secret, le pouvoir de surmonter, dans quelques cas plus ou moins strictement énumérés, le refus réitéré de la mère. Dans ces conditions, la Cour européenne des droits de l'Homme devrait bien se résoudre à reconnaître au CNAOP une marge d'appréciation élargie car, dans l'hypothèse de refus de lever le secret, elle ne pourrait guère apprécier si le droit de l'enfant à connaître ses origines a été violé sans disposer déjà d'informations très précises sur l'identité de la mère. De toute façon, l'hésitation de la Cour de Strasbourg à assumer ouvertement le rôle de Cour européenne des droits de la Femme est peut-être le signe que, à la différence de celle de l'avortement, la question de l'accouchement sous X n'a pas encore donné lieu à une réflexion suffisamment générale et approfondie pour qu'il soit déjà temps de proclamer des solutions définitives.

FILIATION * Droit de connaître ses origines * Convention européenne des droits de l'homme *
Accouchement anonyme

RTD Civ. © Editions Dalloz 2012