

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

D'Odièvre à Godelli

Mathieu, Géraldine

Published in:

Journal du droit des jeunes : la revue d'action juridique et sociale

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mathieu, G 2013, 'D'Odièvre à Godelli: la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'accouchement anonyme a-t-elle évolué ? ', *Journal du droit des jeunes : la revue d'action juridique et sociale*, numéro 322, pp. 10-23.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

D'Odièvre à Godelli : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'accouchement anonyme a-t-elle évolué ?

Géraldine Mathieu, assistante en droit de la famille,
Université de Namur

Il y a dix ans, dans le célèbre arrêt Odièvre contre France du 13 février 2003, la Cour européenne des droits de l'homme décernait, à 10 voix contre 7, un label de conventionalité à la législation française autorisant l'accouchement anonyme. Dans un arrêt Godelli contre Italie du 25 septembre 2012, la juridiction de Strasbourg pose cette fois un constat de violation de la Convention à propos de la législation italienne qui permet à une femme non mariée de ne pas reconnaître son enfant à la naissance. L'objectif de cette contribution est de tenter d'appréhender l'évolution de la position de la juridiction des droits de l'homme sur la question brûlante de l'accouchement secret.

Cet exercice prend tout son sens dans un contexte de multiplication, en Europe, des «boîtes à bébé», mais aussi, dans le même temps, de revendication croissante d'un droit à connaître ses origines. Le débat sur l'accouchement anonyme n'est pas non plus étranger à celui sur la gestation pour autrui, tout aussi brûlant, l'anonymat étant susceptible de faciliter la maternité de substitution à des fins commerciales.

Dans cette perspective, le point de départ de notre raisonnement sera sans surprise une analyse rétrospective de l'arrêt *Odièvre* du 13 février 2003⁽¹⁾ par lequel la France recevait il y a dix ans un label de conventionalité. Nous nous livrerons dans un deuxième temps à un commentaire

critique de l'arrêt *Godelli* du 25 septembre 2012⁽²⁾, qui constate cette fois une violation de la Convention. Dans un dernier point, nous tenterons de tirer les enseignements de l'analyse conjointe et approfondie de ces deux arrêts.

(1) *Cour eur. D.H., arrêt Odièvre c. France, 13 février 2003, req. n° 42326/98. Références bibliographiques relatives au commentaire de l'arrêt à la fin de l'article.*

(2) *Cour eur. D.H., arrêt Godelli c. Italie, 25 septembre 2012, req. n° 33783/09.*

Quelques chiffres sur l'accès aux origines en France

Dans le dernier rapport d'activité du CNAOP, il est fait état, au 31 décembre 2011, de 584 demandes d'accès aux origines personnelles et de 592 dossiers clôturés pour l'année 2011, 278 (47 %) ont été clos provisoirement, 314 (53 %) définitivement. Sur l'année 2011, la première cause de clôture reste l'impossibilité d'identifier ou de localiser les parents de naissance (36,8 %) ; la deuxième cause est l'absence de secret constatée après l'ouverture du dossier (14,5 %) ; le troisième motif de clôture est le décès du ou des parents de naissance (12,9 %) ; le quatrième motif est le refus des parents de naissance de lever le secret de leur identité (11,9 %) ; enfin, la levée du secret devient le cinquième motif de clôture (11,15 %). Le CNAOP note également une légère remontée du pourcentage de parents de naissance qui acceptent de lever le secret de leur identité. Au 31 décembre 2006, 53,7 % des parents contactés avaient accepté de lever le secret de leur identité. Au 31 décembre 2007, ce taux était tombé à 47,2 %. Au 31 janvier 2009, il était de 49,5 %. Il tombe à 46,5 % au 31 décembre 2009 et à 40,3 % au 31 décembre 2010. Au cours de l'année 2011, 45,8 % des parents de naissance contactés ont accepté de lever le secret de leur identité. Globalement, près de la moitié des parents contactés dans le respect de leur vie privée et informés de la demande de la personne qu'ils ont mise au monde, acceptent que leur identité lui soit communiquée. Dans son rapport d'activité 2011, le CNAOP relève toutefois que les levées de secret spontanées restent peu nombreuses : 362 uniquement par des parents de naissance, dont 39 sur l'année 2011. Par ailleurs, 138 déclarations d'identité émanant d'ascendants, de descendants ou de collatéraux privilégiés des parents de naissance ont été enregistrées, dont 24 sur l'année 2011.

1. L'arrêt *Odièvre* du 13 février 2003

a) *Le contexte factuel*

La requérante, née sous X à Paris le 23 mars 1965, est placée en famille d'accueil et adoptée à l'âge de quatre ans par Monsieur et Madame Odièvre. Arrivée à l'âge adulte, elle cherche à connaître ses origines. Ayant obtenu son dossier d'ancienne pupille du service de l'aide sociale à l'enfance, elle réussit à obtenir des éléments non identifiants concernant sa « famille » d'origine. Elle apprend ainsi que ses parents formaient un couple uni depuis 7 ans au moment de sa naissance et qu'elle a un frère ainsi qu'une demi-sœur. Elle apprend également que deux autres garçons sont nés de l'union de ses parents après 1965. Il lui est toutefois impossible d'obtenir la communication d'éléments identifiants, au motif qu'une telle communication porterait atteinte au secret de sa naissance. Pascale Odièvre décide alors de s'adresser à la juridiction des droits de l'homme en alléguant que le secret de sa naissance et l'impossibilité qui en résulte de connaître ses origines constitue une violation de ses droits garantis par l'article 8 de la Convention ainsi qu'une discrimination contraire à l'article 14.

b) *Le cadre légal*

En vertu de l'article 326 du Code civil français, la mère peut, lors de l'accouchement, demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.

L'article 57, alinéa 1^{er}, du même Code, dispose que si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas

désignés à l'officier de l'état civil lors de la déclaration de naissance, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet.

Enfin, l'article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles précise :

« Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans

les conditions prévues à l'article L. 147-6. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Ces formalités sont accomplies par les personnes visées à l'article L. 223-7 avisées sous la responsabilité du directeur de l'établissement de santé. À défaut, elles sont accomplies sous la responsabilité de ce directeur.

Les frais d'hébergement et d'accouchement des femmes qui ont demandé, lors de leur admission dans un établissement public ou privé conventionné, à ce que le secret de leur identité soit préservé, sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du

département siège de l'établissement. Sur leur demande ou avec leur accord, les femmes mentionnées au premier alinéa bénéficient d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'aide sociale à l'enfance. (...).

Lors de son recueil par le service social de l'aide à l'enfance, un procès-verbal est dressé qui déclare l'enfant pupille de l'État à titre provisoire. L'article 351 du Code civil précise que «Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant»⁽³⁾. La mère qui a demandé le secret (ainsi que le père, le cas échéant⁽⁴⁾) dispose ainsi d'un délai de deux mois à partir du recueil de l'enfant par le service d'aide sociale à l'enfance pour revenir sur sa décision et établir sa filiation. Passé ce délai de deux mois, il est admis à titre définitif en qualité de pupille de l'État et, de ce fait, il devient adoptable. La réforme législative de 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État a réaffirmé la possibilité, pour une femme, d'accoucher dans le secret de son identité tout en favorisant la levée ultérieure de ce secret. Celle qui désire accoucher dans l'anonymat est ainsi désormais «*invitée à laisser, si elle l'accepte*», d'une part, des informations de nature non identifiantes, relatives à sa santé, à celle du père, aux origines de l'enfant, aux circonstances de sa naissance, d'autre part, sous pli fermé cette fois, son identité. Elle est également informée de ce qu'elle a la possibilité de lever à tout moment le secret de son identité, mais aussi de compléter les rensei-

gnements initialement donnés au moment de la naissance.

Parallèlement, la loi de 2002 a institué le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP)⁽⁵⁾. Le CNAOP est une instance officielle compétente pour recevoir les demandes des personnes en recherche de leurs origines: il s'agit soit de pupilles de l'État⁽⁶⁾, soit de personnes adoptées qui ne connaissent pas l'identité de leurs parents de naissance, ceux-ci ayant demandé la préservation du secret de leur identité lors de l'accouchement. Lorsqu'il est saisi d'une demande, le CNAOP s'adresse, en vue d'obtenir les informations dont il a besoin, soit au service départemental de l'aide sociale à l'enfance du lieu de naissance de l'enfant, soit à l'organisme privé d'adoption qui a recueilli celui-ci. Il peut arriver que le dossier détenu par le service départemental ou l'organisme d'adoption ne contienne pas de secret opposable à l'enfant: la mère n'a pas accouché sous X ou bien le secret de l'identité n'a pas été demandé. Dans ce cas, le CNAOP clôt le dossier après avoir renvoyé la personne auprès du service ou de l'organisme en possession de son dossier. Lorsque l'identité de la mère ne peut être établie, il arrive néanmoins que le dossier contienne des renseignements non identifiants sur celle-ci (âge, profession, état de santé, situation sociale...) qui permettent de reconstituer et d'offrir à l'enfant quelques racines de son

histoire. Dans un certain nombre de situations, la recherche aboutit à la constatation du décès de la personne recherchée et la loi permet alors, en principe, de communiquer son identité au demandeur⁽⁷⁾.

Lorsque la mère est retrouvée et localisée, le CNAOP doit s'assurer qu'elle consent à la levée du secret avant de communiquer les informations au demandeur. Deux cas de figure sont alors possibles. Soit la mère d'origine consent à la levée du secret: après avoir communiqué les identités respectives aux parties, le dossier est clos définitivement. Soit, après avoir été informé de la démarche entreprise par l'enfant, elle refuse de lever le secret: dans ce cas, le rôle du CNAOP s'arrête, sous réserve de ce qu'il est tenu légalement de poser la question du maintien ou non de ce refus en cas de décès. Dans l'hypothèse où la mère consent à la communication de son identité, elle n'est néanmoins pas tenue d'accepter une rencontre avec l'enfant, que celle-ci soit physique ou non (échange de courriers ou de conversations téléphoniques). Qu'il s'agisse d'informer l'enfant du refus de consentement ou de l'aider à prendre contact avec la personne retrouvée après s'être assuré que celle-ci est consentante, le Conseil peut proposer un accompagnement psychologique et social aux personnes concernées.

Le CNAOP est également compétent pour recevoir en parallèle les déclarations du ou des parents

(3) Le placement en vue de l'adoption fait obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine et fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance (art. 352 du Code civil).

(4) On notera qu'à l'inverse du droit belge, le droit français ne soumet la reconnaissance paternelle à aucune exigence de consentement. L'article 57-1 du Code civil exige simplement que l'officier de l'état civil avise l'autre parent à l'égard duquel la filiation est établie par lettre recommandée. La filiation pourra toutefois être contestée, aux conditions prévues par les articles 332 et s. du Code civil, et notamment par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi (art. 336 du Code civil).

(5) Voyez les articles L 147-1 à L 147-11 du CASF et les sites www.cnaop.gouv.fr; www.solidarite.gouv.fr; www.agence-adoption.fr.

(6) En France, un pupille de l'État est un mineur confié à un service de l'aide sociale à l'enfance, juridiquement adoptable, à l'égard duquel l'autorité parentale est exercée par un Conseil de famille. Pour plus de détails sur la notion de pupille de l'État, voy. P. SALVAGE-GEREST, «Présentation, évolution et perspectives de l'adoption», in Droit de la famille, Murat, P. (dir.), Paris, Dalloz, 2008-2009, pp. 634 et s.

(7) Pour autant que la personne n'ait pas exprimé de volonté contraire à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant (art. 147-6 CASF).

d'origine⁽⁸⁾ autorisant la levée du secret relatif à leur identité, mais cette information ne sera divulguée à l'enfant que si celui-ci entreprend des démarches pour y accéder. La mère ou le père de naissance peuvent à tout moment s'adresser au CNAOP pour s'enquérir de leur recherche éventuelle par l'enfant.

On précisera enfin, concernant la mission du CNAOP, que celle-ci se limite à la communication des éléments que le parent de naissance a accepté de dévoiler et n'implique aucunement une intervention en tant que « médiateur-intermédiaire » auprès du parent qui ne souhaiterait pas lever son identité. Ceci est encore rappelé dans le rapport d'audit du fonctionnement du CNAOP rendu public en juillet 2011 : « *Le CNAOP a la mission de rechercher les mères ou les pères de naissance qui ont demandé le secret de leur identité et, s'ils peuvent être identifiés, de les informer de cette démarche et recueillir leur volonté d'accepter ou de refuser de lever le secret de leur identité* »⁽⁹⁾.

La réforme de 2002 et la création du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles avait pour objectif de concilier le droit des enfants nés sous X désireux d'accéder à leurs origines, et le droit des parents de naissance de garder leur identité secrète. Au final, on retiendra qu'en l'état actuel de la législation française, et contrairement à ce que le titre spécieux de la loi de 2002 permettait d'augurer (loi « *relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État* »), aucun équilibre entre le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines et le droit des parents d'origine de maintenir le secret n'est atteint. En effet, ces derniers gardent la possibilité de refuser toute communication d'informations à l'enfant et ce droit de veto est absolu. On n'aperçoit pas comment le législateur peut se targuer d'avoir voulu permettre aux enfants d'accéder à leurs origines s'il continue à permettre aux mères de ne laisser aucune trace de cette

origine. Dans ce contexte, nous partageons la perplexité de Vincent Bonnet au sujet de l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg en 2003 : « *Certains ont pu supposer que c'était grâce à l'adoption de la loi du 22 janvier 2002 que la France avait échappé à une condamnation. Il serait presque plus juste de dire que la France a échappé à la condamnation en dépit de la loi du 22 janvier 2002. Et l'on s'interrogera vainement longtemps encore pour savoir ce qui a poussé les juges de Strasbourg, du moins 10 contre 7, à sauver le système français tel qu'il existe, au lieu, par exemple, de revenir à l'exigence qui était celle de la Cour dans l'arrêt Gaskin relative à l'instauration d'une institution qui aurait le pouvoir de passer outre au refus de la mère pour révéler son identité à l'enfant. C'est sans doute encore un secret* »⁽¹⁰⁾.

c) L'arrêt du 13 février 2003

C'est sous l'angle du droit au respect de la vie privée et non de la vie familiale que la Cour entreprend l'examen de l'affaire *Odièvre*. Elle relève à cet égard que la requérante ne demande pas de remettre en cause l'existence de sa filiation adoptive, mais de connaître les circonstances de sa naissance et de son abandon, en ce compris l'identité de ses parents biologiques et de ses frères. Se référant à ses arrêts *Gaskin*⁽¹¹⁾

et *Mikulic*⁽¹²⁾, la Cour rappelle que « *l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel* » et qu'à cet épanouissement contribuent « *l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple, l'identité de ses géniteurs* (Mikulic c. Croatie, n° 53176/99, §§ 54 et 64). *La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce* ».

La Cour note toutefois que les situations de M. Gaskin et de Mlle Mikulic étaient différentes de celle de Mme Odièvre, la question de l'accès à ses origines et de la connaissance de l'identité de ses parents biologiques n'étant pas de même nature, affirme la Cour, que celle de l'accès au dossier personnel établi sur un enfant pris en charge (situation de M. Gaskin) ou celle de la recherche des preuves d'une paternité alléguée (situation de Mlle Mikulic).

La Cour rappelle ensuite que sur la base de l'article 8, les personnes « *ont un intérêt primordial protégé par la Convention à recevoir des renseignements qu'il leur faut connaître, à*

(8) Les ascendants, descendants ou collatéraux privilégiés du père ou de la mère de naissance peuvent également effectuer pareille déclaration d'identité (art. L 147-2, 2°, CASF).

(9) Inspection générale des affaires sociales, Rapport d'audit du fonctionnement du CNAOP, juillet 2011, § 49, http://www.cnaop.gouv.fr/IMG/pdf/RAPPORT_IGAS-2.pdf. Ce rapport a été demandé à l'Inspection générale des affaires sociales par le Gouvernement dans un contexte de critiques foisonnantes à l'égard du fonctionnement du CNAOP : « un système hyper centralisé, trop administratif, peu de résultats, et même des portes définitivement fermées après des interventions intempestives ». Voy. à propos de ce rapport : P. VERDIER, « Peut-on réformer le CNAOP ? », JDJ n°308 (France), octobre 2011, pp. 6 et 7.

(10) V. BONNET, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Odièvre c. France du 13 février 2003) », Rev. trim. dr. h., 2004, p. 421.

(11) Cour eur. D. H., arrêt Gaskin c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, req. n° 10454/83. C'est dans l'arrêt Gaskin contre Royaume-Uni que la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée pour la première fois à se prononcer sur l'importance que peut revêtir, pour la construction identitaire d'un individu, l'accès aux informations relatives à son enfance. La question ne portait pas ici sur le secret de l'identité des parents de naissance, mais sur l'accès d'un individu à des informations relatives à l'histoire de son enfance consignées dans un dossier confidentiel.

(12) Cour eur. D. H., arrêt Mikulic c. Croatie, 7 février 2002, req. n° 53176/99. Dans cette affaire, la requérante, une enfant de cinq ans née hors mariage, se plaignait de la lenteur d'une procédure engagée avec sa mère en recherche de paternité et de l'inexistence en droit croate de mesures procédurales permettant aux tribunaux de contraindre le père prétendu à se soumettre à un test d'ADN ordonné par le juge.

comprendre leur enfance et leurs années de formation». Dans la mesure où l'article 8 vise *toute personne*, la Cour va considérer qu'il y a lieu de mettre en balance, d'une part, le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée, d'autre part, le droit à la vie privée d'autres personnes, celui de la mère «*naturelle*» tout d'abord. La Cour note à cet égard «*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. [...] La Cour se trouve en l'espèce en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables, qui touchent d'ailleurs non une adulte et une enfant, mais deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté*». L'arrêt évoque ensuite le droit des tiers, essentiellement celui des parents adoptifs, celui du père ou des autres membres de la famille biologique. La Cour souligne à cet égard que la requérante est aujourd'hui âgée de trente-huit ans, qu'elle a été adoptée dès l'âge de quatre ans et que la levée non consensuelle du secret de sa naissance pourrait comporter des risques non négligeables, non seulement pour sa mère elle-même, mais aussi pour sa famille adoptive qui l'a élevée, pour son père et pour sa fratrie biologique, qui tous ont également droit au respect de leur vie privée et familiale.

Outre les intérêts particuliers en cause, la Cour relève des intérêts plus généraux susceptibles de justifier le système français, tels le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, d'éviter des

avortements clandestins ou encore des abandons sauvages. Selon la juridiction strasbourgeoise, le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français.

La Cour poursuit son analyse en rappelant que le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 dans les rapports inter-individuels relève en principe de la marge d'appréciation des États contractants, qu'il existe à cet égard différentes manières d'assurer le respect de la vie privée et que «*la nature de l'obligation de l'État dépend de l'aspect de la vie privée qui se trouve en cause*». À cet égard, elle reconnaît que les États contractants ne connaissent pas, pour la plupart d'entre eux, de législations comparables à celle de la France, à tout le moins en ce qui concerne l'impossibilité absolue d'établir un lien de filiation à l'égard de sa mère biologique dans le cas où celle-ci persiste à maintenir le secret de son identité vis-à-vis de l'enfant qu'elle a mis au monde. La Cour note cependant que certains États ne prévoient pas l'obligation de déclarer le nom des parents biologiques lors de la naissance et que des pratiques d'abandon sont avérées dans plusieurs autres, engendrant de nouveaux débats sur l'accouchement anonyme. Elle en déduit que face à la diversité des systèmes et des traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon, les États doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction.

La Cour constate par ailleurs que la requérante a pu avoir accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique, lui permettant d'établir «*quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers*». Elle souligne enfin que la requérante

pourra à l'avenir tirer bénéfice de la réforme législative de 2002, qui, si elle ne remet pas en cause le droit de la mère de conserver l'anonymat, est censée faciliter la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, dont l'intermédiation doit favoriser la levée consensuelle du secret.

Pour la Cour, la législation française a ainsi tenté d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause, de sorte que la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs.

d) L'opinion dissidente commune

L'arrêt de la Grande chambre a été rendu par dix voix contre sept. La minorité a rédigé une opinion dissidente commune.

1. Quant à la marge d'appréciation reconnue à l'État français

L'ampleur de la marge d'appréciation d'un État dans le choix des mesures propres à garantir le respect de l'article 8 dans les rapports inter-individuels, dépend non seulement du ou des droits concernés, mais également, au sein de chaque droit, de la nature même de ce qui est en cause. Alors que certains aspects du droit à la vie privée se rattachent à la périphérie de ce droit, d'autres, au contraire, de par leur nature, se rattachent au noyau dur de celui-ci. Pour l'opinion dissidente, il ne faisait aucun doute que le droit à l'identité, «*comme condition essentielle du droit à l'autonomie* (Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III) et à l'épanouissement (Bensaid c. Royaume-Uni, n°

44599/98, § 47, CEDH 2001-I)» faisait partie du noyau dur du droit au respect de la vie privée. Dans ce contexte, un examen d'autant plus soutenu s'imposait pour peser les intérêts en présence.

En ce qui concerne la prétendue absence de dénominateur commun aux différents droits internes, qui laisserait précisément à l'État une certaine marge d'appréciation, l'opinion dissidente est totalement justifiée, dans la mesure où l'analyse de droit comparé à laquelle la Cour s'est livrée démontrait exactement le contraire. D'un côté, celle-ci constate que «*La maternité secrète est peu connue des législations internes européennes puisque seuls l'Italie et le Luxembourg n'imposent pas légalement aux parents biologiques de faire enregistrer un nouveau-né ou de déclarer leur identité lors de son enregistrement*». D'un autre côté, en ce qui concerne l'évolution qui se dessine dans certains pays, la Cour observe : «*on assiste ces dernières années dans certains pays à une évolution vers une acceptation, sinon de l'accouchement sous X, du moins d'un accouchement dans la discrétion*», et de citer l'exemple de la Belgique «*où le débat est ouvert compte tenu notamment du nombre de femmes passant la frontière pour aller accoucher en France dans l'anonymat*». La Cour se réfère également à l'émergence des «*boîtes à bébés*» en Allemagne au début des années 2000.

Le fait d'avoir ouvert le débat, ou le fait de tolérer certaines pratiques qui, même si elles sont largement médiatisées, n'en restent pas moins marginales, ne semble toutefois pas pouvoir être assimilée à l'émergence d'une acceptation de cette pratique. En réalité, il apparaissait clairement de l'étude de droit comparé **qu'aucun autre système législatif ne connaissait un régime aussi poussé d'anonymat de la maternité, tel qu'il est formalisé et institutionnalisé en France**. Au contraire, la reconnaissance du droit à connaître ses origines était déjà amorcée dans

d'autres pays. L'opinion dissidente relève ainsi qu'en Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale, par un arrêt du 31 janvier 1989, a érigé en droit fondamental de la personnalité celui de toute personne de connaître ses origines, en se fondant sur le droit général à la dignité et au libre épanouissement⁽¹³⁾ ; qu'en Suisse, la Constitution fédérale reconnaît, depuis 1992, le droit de chacun de connaître ses origines⁽¹⁴⁾ ; qu'aux Pays-Bas, la Cour suprême, dans son arrêt *Valkenhorst* du 15 avril 1994⁽¹⁵⁾, a reconnu à l'enfant le droit général à sa personnalité, qui comprend le droit de connaître l'identité de ses parents biologiques et a ouvert la voie à une pesée des intérêts en présence.

L'opinion dissidente rappelait enfin que l'absence prétendue de consensus était encore contredite par les différents instruments internationaux veillant précisément à assurer un équilibre entre les droits en présence : l'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, qui dispose que l'enfant a dès sa naissance «*dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents*» ; l'article 30 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, ratifiée par la France, qui prévoit que les autorités compétentes de l'État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille et assurent l'accès de l'enfant ou de

son représentant à ces informations avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur État ; la Recommandation 1443 (2000) du 26 janvier 2000 «*Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale*», qui invite les États «*à assurer le droit de l'enfant adopté de connaître ses origines au plus tard à sa majorité et à éliminer de leurs législations nationales toute disposition contraire*»⁽¹⁶⁾.

En réalité, il existait bien – et il existe toujours – une communauté de vues entre les États membres du Conseil de l'Europe parmi lesquels la France faisait – et fait toujours – figure d'exception. Les juges majoritaires ont tenté d'occulter cette spécificité «*en ne distinguant pas entre droit au secret et secret de fait, en rapprochant abusivement le droit positif français de simples pratiques illégales, en assimilant à tort anonymat et confidentialité alors que l'accouchement confidentiel se caractérise par le fait que le secret promis à la mère n'est pas opposable à l'enfant*»⁽¹⁷⁾.

Sir Nicolas Bratza, actuel président de la Cour européenne des droits de l'homme, écrivait récemment à propos de l'opinion dissidente à laquelle il s'était rallié à l'époque : «*Un analyse du droit comparé nous a démontré que le système d'anonymat de la maternité, tel qu'il existe en France, était le plus poussé alors, qu'à l'inverse, le droit de connaître l'identité de ses parents est reconnu dans d'autres pays. [...] Pour nous, l'arrêt, en se fondant sur la prétendue diversité des systèmes et des traditions juridiques pour encadrer la marge d'appréciation et valider ainsi le droit absolu de la mère de garder secrète*

(13) *BVerfG*, 31 janv. 1989, FamRZ, 1989, pp. 255 et s.

(14) L'article 119, alinéa 2, littéra g, de la Constitution fédérale mentionne que «*toute personne a accès aux données relatives à son ascendance*».

(15) *Hoge Raad*, 15 Avril 1994, N.J., 1994, p. 608.

(16) Recommandation 1443 (2000) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale adoptée par l'Assemblée le 26 janvier 2000, disponible sur <http://assembly.coe.int/>

(17) O. Roy, «*Le droit de connaître l'identité de ses parents de naissance : un droit protégé par la Convention européenne... si la mère le veut bien*», in *Le droit à la connaissance de son origine. Un an après la loi «Royal» du 22 janvier 2002, Paris, Colloque organisé par la CADCO et la Revue d'action juridique et sociale (Journal du droit des jeunes) le 15 septembre 2003, www.cadco.asso.fr/colloque/2003odileroy.htm, p. 4.*

son identité, prenait l'argument du consensus européen à rebours et le vidait complètement de sa substance. Au lieu de développer les droits garantis par la Convention, il aboutissait à les limiter»⁽¹⁸⁾.

2. Quant à la juste pondération des intérêts en présence

Concernant ensuite la «juste» pondération des intérêts en présence, nous rejoignons ici aussi l'opinion dissidente selon laquelle la Cour n'a pas réussi, dans les circonstances de l'espèce, à ménager un juste équilibre, dans la mesure où elle fait primer de manière absolue le droit de la mère sur le droit de l'enfant : «La loi accepte, comme un obstacle absolu à toute recherche d'information entreprise par la requérante, la décision de la mère, quelle que soit la raison ou la légitimité de cette décision. En toute circonstance et de manière irréversible, le refus de la mère s'impose à l'enfant qui ne dispose d'aucun moyen juridique de combattre la volonté unilatérale de celle-ci. La mère dispose ainsi d'un droit purement discrétionnaire de mettre au monde un enfant en souffrance et de le condamner, pour toute sa vie, à l'ignorance. Il ne s'agit donc en aucune manière d'un système mixte assurant un quelconque équilibre entre les droits en présence. Le 'droit de veto' pur et simple reconnu à la mère entraîne pour effet que les droits de l'enfant, reconnus dans l'économie générale de la Convention (arrêts Johansen c. Norvège, 7 août 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-III; Kutzner c. Allemagne, n° 46544/99, CEDH 2002-I), sont entièrement négligés, oubliés. En outre, la mère peut aussi, de la même manière, paralyser les droits des tiers,

notamment ceux du père biologique ou des frères et sœurs, qui peuvent eux aussi être privés des droits garantis par l'article 8 de la Convention».

Les sept juges de l'opinion dissidente n'étaient par ailleurs pas convaincus par la distinction opérée par la majorité entre la situation à laquelle était confrontée la requérante (accès à l'identité de ses parents biologiques) et celle de M. Gaskin (accès au dossier personnel établi sur un enfant pris en charge par l'assistance publique) ou de Mlle Mikulic (recherche des preuves d'une paternité alléguée) : «La distinction établie par la majorité entre les trois affaires ne nous paraît pas convaincante. Elle nous paraît encore moins être de nature à justifier que la Cour parvienne, en l'espèce, à une conclusion différente. En particulier, affirmer que l'affaire Gaskin ne concernait que l'accès à des informations contenues dans un dossier de prise en charge nous paraît sous-estimer considérablement la portée de l'enjeu, puisque la Cour a dit dans cet arrêt que le dossier contenait 'des précisions sur des aspects éminemment personnels de l'enfance, de l'évolution et des antécédents du requérant' et pouvait représenter 'sa principale source d'information sur son passé et ses années de formation' (arrêt Gaskin précité, p. 15, § 36). De surcroît, même si les circonstances de l'espèce peuvent passer pour distinctes de celles des affaires antérieures, l'intérêt de la présente requérante à connaître ses origines nous paraît être au moins aussi fort, et peut-être même plus fort, que ceux précédemment examinés par la Cour et exiger qu'un grand poids lui soit en conséquence accordé lors de l'exercice de mise en balance des intérêts concurrents».

La minorité estimait que dans la voie de la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en présence, l'approche adoptée par la Cour dans l'arrêt Gaskin c. Royaume-Uni,

consistant à confier à un organe indépendant le pouvoir d'apprécier, *in concreto*, les différents intérêts en présence avant de prendre une décision finale, était pertinente et eut dû s'appliquer par analogie à la situation de la requérante. Le maintien de l'accouchement sous X en France eût dès lors requis la mise en place d'un organe indépendant «amené à décider, au terme d'un débat contradictoire et sur la base de tous les éléments de fait et de droit de l'affaire, si l'accès à l'information peut ou ne peut pas être donné, éventuellement à certaines conditions ou selon certaines modalités».

Et l'opinion dissidente de conclure que «Dans la situation présente, en l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts concurrents, une préférence aveugle est inévitablement donnée aux seuls intérêts de la mère. Sans une pesée des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vu opposer un refus absolu et définitif. Or, la loi de 2002 n'a pas prévu que le Conseil national (ni aucun autre organe indépendant) puisse prendre une décision finale sur la levée du secret, au vu des intérêts en cause, dans l'hypothèse où la mère persiste dans son attitude de refus, privant ainsi définitivement l'enfant de son droit de connaître sa famille de naissance. Le déséquilibre initial est maintenu dans la mesure où le droit d'accès aux origines personnelles reste, en dernière instance, subordonné à la décision unique de la mère. En outre, tout en observant que la loi nouvelle est postérieure de quatre ans à l'introduction de la requête devant la Commission (paragraphe 23 de l'arrêt) et que la requérante est aujourd'hui âgée de trente-huit ans (paragraphe 44 de l'arrêt), la majorité ne prend pas en compte la situation de celle-ci avant l'adoption de la loi du 22 janvier 2002 et de l'impossibilité

(18) N. BRATZA, «Aux côtés de Françoise Tulkens», J.T., 22 septembre 2012, p. 591.

qui existait pour elle, jusqu'à ce moment, de formuler quelque demande qu'il se soit (voir, mutatis mutandis, arrêt M.G. c. Royaume-Uni précité, § 31) [...] la législation française n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, ménagé un juste équilibre entre les intérêts en cause (paragraphe 49 de l'arrêt in fine) et que l'article 8 de la Convention a été violé.

Eu égard aux considérations qui précèdent, on comprendra aisément que l'arrêt *Odièvre* ait à l'époque surpris et déçu plus d'un commentateur. L'arrêt *Gaskin* posait clairement l'exigence de l'institution d'une autorité indépendante amenée à prendre une décision finale relativement à l'opportunité de révéler ou non des informations relatives aux origines des requérants, tandis que l'arrêt *Mikulic*, prononcé un an auparavant, posait la même exigence procédurale pour statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité lorsque le père présumé refusait de se plier à l'injonction d'un tribunal de subir des tests ADN. Si la loi française de 2002 mettait certes en place une institution (le CNAOP), celle-ci ne s'était vu octroyer qu'un pouvoir se limitant à *contacter* le parent d'origine, sans aucune marge de manœuvre et, *a fortiori*, sans aucune compétence de décision. Comment dès lors comprendre une légitimation par la Cour d'un prétendu équilibre entre des intérêts concurrents, alors même que la mère seule détient la clef de l'accès de l'enfant à ses origines?

Dans ce contexte, il était évidemment permis de s'interroger sur la pérennité de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à propos de l'accouchement dans le secret : allait-elle rester clichée ou la Cour allait-elle revenir à l'exigence qui était la sienne dans l'arrêt *Gaskin*, relative à l'instauration d'une institution qui aurait le pouvoir de passer outre le refus de la mère de lever le secret de son identité?

Il aura fallu attendre plus de neuf ans pour que la Cour européenne des droits de l'homme soit à nouveau saisie de la question de la légitimité de l'accouchement anonyme.

2. L'arrêt *Godelli* du 25 septembre 2012

Dans l'arrêt prononcé le 25 septembre 2012, la Cour européenne des droits de l'homme condamne cette fois l'Italie au motif que la législation italienne ne donne aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander *soit* la réversibilité du secret, *soit* à tout le moins l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines.

a) *Le contexte factuel*

Dans cette affaire, la requérante, Antonella Godelli, ressortissante italienne née en 1943 à Trieste, se plaignait de ne pas pouvoir obtenir la communication d'informations sur sa mère et sa famille biologique et de l'impossibilité de connaître son histoire personnelle. Abandonnée par sa mère à la naissance, la requérante avait été placée dans un orphelinat avant d'être adoptée par les époux Godelli. À l'âge de 10 ans, quand elle apprit que ceux-ci n'étaient pas ses parents biologiques, elle les interrogea sur ses origines, mais n'obtint aucune réponse. Elle apprit par la suite qu'une petite fille était née et avait été abandonnée dans le village le même jour qu'elle et que cette dernière avait ensuite été adoptée par une autre famille vivant dans le même village. Elle soupçonnait qu'il s'agissait de sa jumelle, mais les parents adoptifs des deux fillettes avaient toujours empêché les contacts entre elles.

Avant de poursuivre plus avant dans l'analyse de l'arrêt, il convient de s'arrêter quelques instants sur les dispositions italiennes pertinentes en matière de filiation et d'adoption, de manière à mieux cerner les réels enjeux du constat de la violation de l'article 8 de la Convention.

b) *Le cadre légal*

Le droit italien distingue encore la filiation naturelle - celle de l'enfant dont les parents ne sont pas mariés ensemble - et la filiation légitime⁽¹⁹⁾. Dans le premier cas, la mention du nom de la mère et du père dans l'acte de naissance ne suffit pas à établir la filiation. Son établissement requiert un acte volontaire : la reconnaissance de l'enfant. Cet acte doit être accompli tant par la mère que par le père, conjointement ou séparément⁽²⁰⁾. La mère peut garder l'anonymat, ce qui n'empêchera toutefois pas l'enfant qui apprendrait son identité d'agir par voie judiciaire pour tenter de faire établir sa filiation⁽²¹⁾. La mère qui souhaite taire son identité doit le demander à l'hôpital lors de l'accouchement. Un dossier médical comportant des informations de nature exclusivement médicale sur la mère et l'enfant est constitué. Seul le médecin traitant de l'enfant peut y avoir accès sur autorisation du tuteur de l'enfant.

L'article 28 de la loi du 4 mai 1983 relative à l'adoption consacre le secret des origines, sauf autorisation judiciaire expresse. Lorsque le jugement d'adoption est prononcé, il est transmis par le greffier aux services de l'état civil en vue de sa transcription en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Les copies des actes d'état civil relatives à l'adopté ne peuvent être délivrées qu'avec la seule indication du nouveau nom, sans qu'il soit fait mention de la paternité ou de la maternité d'ori-

(19) Pour plus de détails, voy. G. MATHIEU, «Naître parent - Commentaire de l'arrêt Todorova c. Italie du 13 janvier 2009», JDJ, septembre 2009, pp. 30 et s.

(20) Art. 250 et s. du Code civil italien.

(21) Voy. les articles 269 et s. du Code civil italien.

gine ni de la mention marginale de l'adoption. L'officier de l'état civil ne peut déroger à cette règle que moyennant une autorisation expresse du tribunal. Dès qu'il atteint l'âge de 25 ans, ou 18 ans s'il existe des motifs graves avérés concernant sa santé physique et mentale et moyennant l'autorisation du tribunal des enfants, l'adopté peut accéder aux informations sur ses origines et obtenir l'identité de ses parents de naissance. Les informations relatives à l'identité des parents de naissance de l'enfant peuvent également être communiquées aux parents adoptifs, avec l'autorisation du tribunal des enfants, moyennant la preuve de l'existence de motifs graves (*gravi e comprovati motivi*). Le tribunal doit vérifier que la communication de l'information est précédée et accompagnée par une préparation et un soutien adéquat de l'enfant. Les informations relatives à l'identité des parents biologiques de la personne adoptée peuvent également être transmises à un établissement hospitalier (*al responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio sanitario*) s'il existe un danger grave et imminent pour la santé de l'enfant. L'alinéa 7 de l'article 28 empêche toutefois la divulgation de l'identité de la mère si celle-ci a décidé de garder l'anonymat dans la déclaration de naissance. Passé un délai de cent ans, l'accès à l'acte de naissance devient toutefois possible.

Par un arrêt du 16 novembre 2005⁽²²⁾, la Cour constitutionnelle a jugé que l'impossibilité pour l'adopté d'accéder aux informations concernant ses origines sur le fondement de l'alinéa 7 de l'article 28 de la loi du 4 mai 1983, sans que soit au préalable vérifié la persistance de la volonté de la mère à maintenir

le secret, était compatible avec la Constitution au motif que l'objectif poursuivi de protéger tant la mère, en lui permettant d'accoucher dans de bonnes conditions, que l'enfant, en empêchant la mère de prendre des décisions irréparables, ne serait pas atteint si celle-ci pouvait craindre d'être un jour appelée par l'autorité judiciaire pour confirmer ou révoquer sa décision.

Malgré la décision de la Cour constitutionnelle, un premier projet de loi relatif à l'accès aux origines personnelles a été déposé en 2008 au Parlement italien⁽²³⁾. Ce projet, mentionné par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Godelli*, vise à permettre la réversibilité du secret sans toutefois remettre en cause les conséquences juridiques de la décision initialement prise par la femme. La levée du secret serait dès lors subordonnée à l'accord exprès de la mère et de l'enfant. La demande ne pourrait toutefois être formée par l'enfant qu'à partir de ses 25 ans, comme c'est le cas actuellement pour l'adopté dont la mère n'a pas demandé le secret de la naissance.

Un second projet, non mentionné par la Cour cette fois, a été déposé le 11 novembre 2009⁽²⁴⁾. Il franchit un pas de plus en ce qu'il prévoit, pour les adoptés dont la mère n'a pas demandé le secret lors de la naissance, que l'accès aux informations relatives à l'identité des parents de naissance ne doit plus faire l'objet d'une autorisation judiciaire. Pour les enfants dont la mère a demandé le secret, le consentement de la

mère resterait exigé jusqu'à ce que l'adopté ait atteint l'âge de 40 ans. Au-delà, il pourrait être passé outre le refus de consentement de la mère. À l'heure actuelle, aucun de ces deux projets n'a encore abouti.

c) L'arrêt du 25 septembre 2012^{*}

C'est précisément sur le fondement de l'alinéa 7 de l'article 28 de la loi de 1983 que la requérante s'était vue refuser l'accès aux informations concernant ses origines à la suite d'un parcours administratif et judiciaire interne. Madame Godelli reprochait au législateur, dans la mise en balance de deux intérêts, d'avoir donné la préférence absolue à celui de la mère sans possibilité aucune pour la requérante de demander, comme en droit français, la réversibilité du secret sur l'identité de la mère sous réserve de l'accord de celle-ci. À l'appui de son argumentation, elle invoquait les textes internationaux expressément cités par l'opinion dissidente dans l'arrêt *Odièvre contre France*.

La Cour procède à une analyse de droit comparé sur la question du secret des origines dans les autres États membres du Conseil de l'Europe. Elle relève qu'au sein de celui-ci «*l'accouchement sous X ou dans l'anonymat apparaît minoritaire sans être pour autant exceptionnel. À côté de la France dont le droit positif prévoit depuis de nombreuses années l'accouchement sous X, des législations, relativement récentes car édictées au cours de la dernière*

(22) C.C., 16 novembre 2005, n° 425/2005, Gazz. Uff. 30/11/2005, disponible sur le site de la Cour constitutionnelle : <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

(23) Proposition d'initiative des députés Zinzi, Vietti, Naro, Cera, Nunzio Francesco Testa, Pisacane, Modifica all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di accesso dell'adottato alle informazioni che lo riguardano, du 12 novembre 2008, disponible via http://www.adoptio.it/progetti_di_legge_.html.

(24) Proposition d'initiative du député PANIZ, Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di accesso dell'adottato alle informazioni sulla propria origine e sull'identità dei genitori biologici, Chambre des députés, 167^{ème} législature, doc. 2919,

http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0032280.pdf. Voyez également l'article paru dans Affaritalini, le 12 février 2010 : «*Adozioni, la Camera studia una proposta di legge per l'accesso alle informazioni sui genitori biologici*», http://affaritaliani.libero.it/sociale/adozioni120210.html?refresh_ce

décennie, organisent la naissance d'enfants dans ces conditions (Autriche, Luxembourg, Russie, Slovaquie)». Elle précise que l'accouchement sous X tel qu'il existe en France tend à se rapprocher de l'accouchement dans le secret dans la mesure où «la confidentialité quant aux données nominatives sur la mère biologique est alors temporaire, et non définitive, puisque l'accès à ces informations est différé dans le temps». La Cour admet que si l'absence de mention du nom de la mère et du père est parfois prévue par la loi, cette hypothèse reste rarissime, puisqu'uniquement autorisée en France, en Italie ainsi qu'au Luxembourg. Elle poursuit en soulignant que la pratique de l'abandon d'enfant perdure néanmoins sous de nouvelles formes : les «fenêtres» ou «boîtes à bébé».

L'applicabilité de l'article 8 aux faits de l'espèce est reconnue sans surprise par la Cour, conformément à sa jurisprudence désormais constante selon laquelle le droit de connaître son ascendance entre dans le champ d'application de la notion de vie privée, qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle, dont l'identité des géniteurs fait partie⁽²⁵⁾. Tout comme dans l'affaire *Odièvre*, la Cour relève que la quête de la requérante n'est pas de remettre en cause l'existence de sa filiation adoptive, mais de connaître les circonstances de sa naissance et de son abandon, englobant la connaissance de l'identité de ses parents biologiques.

La Cour opère également, comme en 2003, une distinction dans les différentes quêtes identitaires : «La Cour rappelle avoir déjà souligné (*Odièvre*, précitée § 43) que la question de l'accès à ses origines et de la connaissance de l'identité de ses parents biologiques n'est pas de même nature que celle de l'accès au dossier personnel établi sur un enfant pris en charge ou celle de la recherche des preuves d'une paternité alléguée. La Cour se trouve, en effet, 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 de celle-ci».

À l'instar de Madame Odièvre, la requérante reprochait à l'État défendeur de ne pas avoir assuré le respect de sa vie privée par son système juridique «lequel fait obstacle, de manière absolue, à l'action en recherche de maternité lorsque la mère biologique a demandé le secret et qui, surtout, ne permet pas la communication de données non identifiantes sur celle-ci, ni par l'intermédiaire des services d'aide sociale à l'enfance ni par celui d'un autre organisme qui lui donnerait accès à ces renseignements».

Au cœur du conflit dont était saisi la Cour se trouvaient deux prétentions opposées soulevées toutes deux sous l'angle du droit au respect de la vie privée : «D'un côté, il y a le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans la notion de vie privée (voir § 45 ci-dessus). L'intérêt vital de l'enfant dans son épanouissement est également largement reconnu dans l'économie générale de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, § 78, *Recueil 1996-III*, *Mikulic précité*, § 64, ou *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 66, *CEDH 2002-I*). De l'autre, on ne saurait dénier l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées». À la mention de la recherche de cet équilibre, la Cour ajoute celle de «l'intérêt général [...] dans la mesure où la loi italienne s'inscrit dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement et d'éviter des avortements clandestins, ou des abandons sauvages». Elle n'évoque toutefois plus l'intérêt des tiers.

La Cour rappelle que l'obligation de ménager un juste équilibre dans la pondération des droits et intérêts concurrents incombe en premier lieu aux États qui disposent pour ce faire d'une marge d'appréciation, enserrée néanmoins dans des limites conventionnelles, et que cette marge d'appréciation dans le choix des mesures propres à garantir le respect de l'article 8 de la Convention dans les rapports interindividuels dépend non seulement du ou des droits concernés, mais également, pour chaque droit, de la nature même de ce qui est en cause. À cet égard, les juges européens reconnaissent expressément que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée, ce qui justifie un examen d'autant plus approfondi pour peser les intérêts concurrents et cette précision revêt son importance, dans la mesure où elle était absente du raisonnement de la Cour en 2003.

Deux arguments clés vont être mis en exergue par la Cour pour justifier un verdict de violation là où elle avait abouti à la conclusion inverse dans l'affaire *Odièvre*.

Tout d'abord, la Cour observe que contrairement à la situation de Madame Odièvre, la requérante n'avait eu accès à aucune information sur sa mère et sa famille biologique qui lui aurait permis «d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers. Sans une pesée des droits et des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vue opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles».

Les juges européens relèvent ensuite qu'à la différence du système français, la législation italienne ne permet pas la réversibilité du secret, de sorte qu'elle ne tente pas de ménager un quelconque équilibre entre

(25) Voy. *Cour eur. D.H.*, arrêt *Pascaud c. France*, 16 juin 2011, req. n° 19535/08 ; *Cour eur. D.H.*, arrêt *Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2006, req. n° 58757/00 ; *Cour eur. D.H.*, arrêt *Odièvre c. France*, 13 février 2003, req. n° 42326/98 ; *Cour eur. D.H.*, arrêt *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002, req. n° 53176/99.

dossier

les droits et les intérêts concurrents en cause : «*En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière.*»

Se référant à l'arrêt *Jäggi*, la Cour précise par ailleurs que l'âge élevé de la requérante (69 ans) n'est pas de nature à atténuer son intérêt à connaître son ascendance : «*S'il est vrai que la requérante, qui est âgée aujourd'hui de soixante-neuf ans, a pu construire sa personnalité même en l'absence d'informations quant à l'identité de sa mère biologique, il faut admettre que l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire. La requérante a d'ailleurs démontré un intérêt authentique à connaître l'identité de sa mère, puisqu'elle a tenté d'acquérir une certitude à cet égard. Un tel comportement suppose des souffrances morales et psychiques, même si elles ne sont pas médicalement constatées (Jäggi c. Suisse, n° 58757/00, § 40, CEDH 2006-X).*»

Et de conclure, par six voix contre une, qu'en ne donnant aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret, «*l'Italie n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties concernées et a donc excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue.*»

d) Une décision triplement insatisfaisante

La juridiction de Strasbourg construit son raisonnement en opposant le système italien au système français qui permettrait, d'une part,



d'accéder à des informations non identifiantes sur les parents d'origine, d'autre part d'obtenir la réversibilité du secret de leur identité. Ce raisonnement ne nous semble pas satisfaisant pour trois raisons. La première tient à la teneur de l'analyse de droit comparé réalisée par la Cour, qui laisse perplexe à plusieurs égards.

Tout d'abord, la Cour édulcore – à dessein ? – le système législatif français en relevant sommairement que «*l'accouchement sous X tend à se rapprocher de l'accouchement dans le secret à l'instar de ce qui se pratique en République tchèque où la confidentialité quant aux données nominatives sur la mère biologique est alors temporaire, et non définitive, puisque l'accès à ces informations est différé dans le temps.*» Cette affirmation pêche grossièrement par manque de nuances, puisque l'accès aux données nominatives de la mère de naissance n'est pas seulement «*différé dans le temps*», mais conditionné à l'accord exprès de celle-ci

et que son refus n'est pas susceptible de recours ⁽²⁶⁾. Au contraire, il est permis d'affirmer que la France fait modèle d'exception en la matière au sein des pays membres du Conseil de l'Europe.

Il paraît également essentiel de nuancer l'analyse de la Cour lorsque celle-ci fait état de «*législations relativement récentes, car édictées au cours de la dernière décennie*», notamment en Autriche et au Luxembourg, organisant l'accouchement sous X ou dans l'anonymat.

La législation autrichienne à laquelle l'arrêt fait d'abord référence, édictée en 2001 ⁽²⁷⁾, loin de proclamer un droit subjectif et discrétionnaire pour toute femme d'accoucher sous X, n'a en réalité fait que dépénaliser l'abandon d'un nouveau-né à la condition que la femme, en état de détresse (apprécié *in concreto*), se justifie d'une telle situation lors d'un entretien confidentiel avec le service de protection de la jeunesse chargé d'apprécier le sérieux de la demande ⁽²⁸⁾. Le décret du 27 juin

(26) En ce sens, voy. P. VERDIER, *Commentaire sous Cour eur. D.H., Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, req. n° 33783/09, JDJ n° 319 (France), novembre 2012, p. 56.

(27) Eoi n° 19/2001 du 7 mars 2001 (www.familienrecht.at/index.php?id=2671).

(28) <http://cdpf.unistra.fr/travaux/personnes-famille-bioethique/droit-compare/droit-de-la-famille/etablissement-de-la-filiation-maternelle/autriche/>

2001 sur «*les nids à bébés et l'accouchement anonyme*»⁽²⁹⁾ souligne d'ailleurs le fait que la législation autrichienne reconnaît le droit fondamental de l'enfant à connaître ses origines, de sorte que l'abandon anonyme doit être l'«*ultime recours*» : «*Eu égard au droit de l'enfant de connaître sa filiation, le dépôt d'un enfant dans un nid à bébé et la naissance anonyme d'un enfant ne peut donc être justifiée que dans les cas où une situation d'urgence existe, et qu'il n'y a pas d'autre solution pour éviter un danger grave pour la santé physique ou psychique de la mère ou pour la vie de la mère ou de l'enfant (situation apparemment sans issue, etc.)*»⁽³⁰⁾.

Quant à la référence au droit luxembourgeois comme exemple de législation relativement récente ayant instauré l'accouchement dans l'anonymat, elle laisse également perplexe dans la mesure où le Code civil luxembourgeois⁽³¹⁾, inchangé depuis 1975, n'a jamais imposé l'inscription obligatoire du nom de la mère dans l'acte de naissance si elle n'est pas mariée, ce qui lui a d'ailleurs valu plusieurs observations critiques de la part du Comité des droits de l'enfant.

Quant à la résurgence de la pratique ancestrale des boîtes à bébés, constat malheureusement avéré, il nous paraît qu'elle doit être condamnée et combattue. La multiplication de cette pratique a d'ailleurs été dénoncée récemment par les Nations unies. Le Comité des droits de l'enfant considère que la pratique va à «*l'encontre du droit de l'enfant à ce que son ou ses parents le connaissent et s'occupe de lui*»⁽³²⁾. Dans un rapport du 25 mars 2008 visant à «*prévenir la première des violences faites aux enfants: l'abandon à la naissance*», la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe estimait qu'une politique proactive de prévention de l'abandon des nouveau-nés devrait notamment «*refuser de permettre légalement la maternité secrète; il devrait y avoir*

obligation pour la mère de laisser son identité même si on peut évidemment développer des formes d'accouchement protégé dans la discrétion pour la mère; mais l'enfant ne doit pas être privé de son droit de connaître ses origines et ce même avant sa majorité»⁽³³⁾.

Enfin, on relèvera que la Cour de Strasbourg fait peu de cas, dans son analyse comparatiste, de la distinction pourtant fondamentale entre le fait de tolérer dans les faits une pratique pourtant condamnée pénalement, le fait de dépénaliser cette pratique dans certaines conditions et enfin le fait d'autoriser ladite pratique en l'encadrant positivement. Il s'agit là de trois stades différents dans l'acceptation sociale d'un comportement. Face à une mère en détresse abandonnant anonymement son enfant dans une boîte à bébé, une chose est de s'abstenir de la poursuivre devant les juridictions pénales; autre chose de poser le choix clair de ne plus incriminer pareil comportement; une tout autre chose enfin d'autoriser et d'encadrer légalement la pratique de l'abandon anonyme. L'impact social en termes de valeurs véhiculées est sensiblement différent, outre le fait que la troisième voie ouvre évidemment la porte à une normalisation et à une banalisation de la pratique ainsi autorisée.

La seconde critique qui peut être adressée à l'arrêt commenté tient à l'incohérence de la motivation qui oppose le «*mauvais système italien*» au «*bon système français*». Cherchant sans doute – sans y parvenir – à conforter la décision rendue dans l'affaire *Odièvre*, la Cour construit

ainsi son raisonnement à l'aune du modèle de la législation française. Elle note «*qu'à la différence du système français examiné dans l'arrêt Odièvre, la législation italienne ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière. Par ailleurs, dans l'arrêt Odièvre, la Cour observe que la nouvelle loi du 22 janvier 2002 renforce la possibilité de lever le secret de l'identité et facilite la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles*». Le lecteur non averti de la législation française déduira logiquement de ces quelques lignes qu'elle prévoit, à l'inverse du système italien, une mise en balance du droit de l'enfant à connaître ses origines et du droit de la mère à conserver l'anonymat. Or il n'en est rien. Certes, depuis la modification législative de 2002, la personne âgée de 18 ans peut s'adresser au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles afin d'obtenir des informations non identifiantes, mais la mère n'a aucune obligation de les donner, elle y est seulement «*invitée*». D'autre part, la réversibilité du secret de l'identité de la mère est soumise à l'accord de celle-ci, sans qu'aucune pesée des intérêts ne soit effectuée par le CNAOP ou par une quelconque autre instance. La Cour le relève d'ailleurs expressément : «*D'application immédiate,*

(29) Décret du 27 juin 2001 n°JMZ 4600/42-1 et 1/2001 (<http://anonymegeburt.at/Erlass.html>).

(30) Traduction libre.

(31) Art. 57, al. 3, C. civ. luxembourgeois.

http://www.legilux.public.lu/leg/textes/coordonnes/codes/code_civil/L1_T2_actes_etat_civil.pdf

(32) Voy. les récentes (juin 2011) observations générales du Comité des droits de l'enfant à propos de la République tchèque : Comité des droits de l'enfant, observations finales sur le rapport présenté par la République tchèque, juin 2011, CRC/C/CZE/CA/3-4, <http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=25257&flag=legal>.

(33) Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, «*Prévenir la première des violences faites aux enfants: l'abandon à la naissance*», Doc. 11538, 25 mars 2008, Rapporteur : M. Hancock, Royaume-Uni, Alliance des Démocrates et des Libéraux pour l'Europe, <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc08/FDOC11538.htm>

elle permet désormais aux personnes intéressées de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de l'accord de celle-ci (§ 49), ainsi que d'avoir accès à des informations non identifiantes».

La dernière critique que mérite l'arrêt *Godelli* est qu'il n'apparaît pas d'emblée si les conditions de l'accès aux informations non identifiantes et la possibilité de la réversibilité du secret sont des conditions *cumulatives* ou *alternatives* du respect de la Convention. Il est dès lors délicat de délimiter précisément et indubitablement la marge de manœuvre des États en la matière.

Malgré ces trois raisons d'insatisfaction, une conclusion heureuse s'impose néanmoins à la lecture de l'arrêt *Godelli* : la Cour confirme, en le consolidant, l'importance de l'accès de l'individu à ses origines. Les juges européens observent ainsi que «*le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée. Dans pareil cas, un examen d'autant plus approfondi s'impose pour peser les intérêts concurrents*».

3. L'arrêt *Godelli* a-t-il sonné le glas de l'accouchement anonyme ?

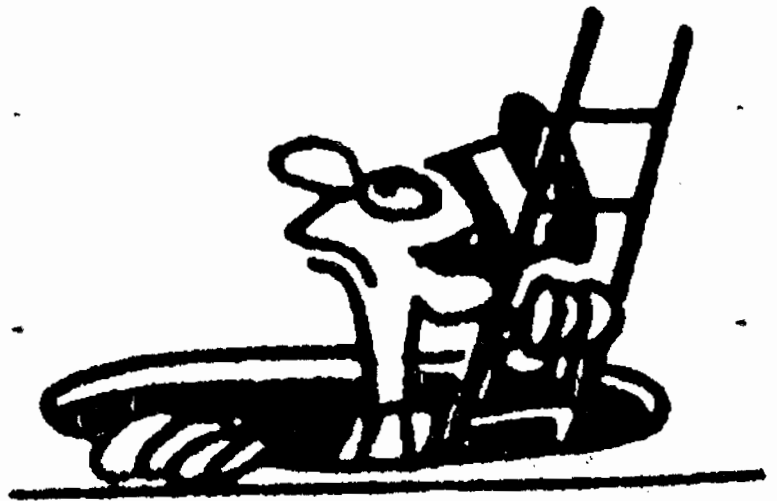
Quel enseignement tirer de l'analyse conjointe et approfondie des arrêts *Odièvre* et *Godelli* ? Que loin de marquer un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Odièvre*, le verdict de violation de la Convention par la législation italienne en 2012 confirme et consolide la conventionnalité du dispositif

français autorisant l'accouchement anonyme tel que réformé en 2002. Pour la juridiction de Strasbourg, les États disposent en la matière d'une marge d'appréciation qui leur permet de déployer les mécanismes de leur choix dans le but de pondérer les intérêts en présence. Cette marge d'appréciation est toutefois enserrée par l'exigence de chercher à ménager un juste équilibre entre ces intérêts, ce qui exclut pour la Cour tout «*refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles*» (§ 68). En l'espèce, la Cour a estimé que l'Italie avait excédé sa marge d'appréciation au motif que sa législation, contrairement à la législation française, ne donne *aucune* possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander *soit* l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, *soit* la réversibilité du secret.

Pour respecter le prescrit conventionnel, une législation autorisant le secret de la maternité devrait dès lors permettre à l'enfant d'accéder à des informations non identifiantes concernant sa mère d'origine ou lui donner la possibilité de solliciter, certes sans aucune garantie, la réversibilité du secret de l'identité de celle-ci. Mais est-il suffisant que l'État organise une possible

réversibilité du secret de l'identité sans offrir à l'enfant un accès à des informations non identifiantes ou, à l'inverse, qu'il n'organise qu'un droit d'accéder à pareilles informations sans possibilité de solliciter par ailleurs la levée du secret de l'identité ? Il est en réalité impossible, à la lecture de l'arrêt, de déterminer avec certitude si le droit d'obtenir des informations non identifiantes sur la mère d'origine et le droit de solliciter la levée du secret de son identité se présentent comme des exigences cumulatives ou alternatives, tant les propos de la Cour oscillent entre les deux options⁽³⁴⁾. Force est dès lors de constater que les juges européens ont «*laissé dans l'ombre les limites exactes du champ des possibles pour chaque État désireux d'encadrer l'accouchement anonyme*»⁽³⁵⁾.

En réalité, l'arrêt prononcé en 2012 par la Cour européenne des droits de l'homme, loin d'avoir clôturé le chapitre sur l'accès aux origines, a au contraire ravivé le débat entre partisans et opposants du secret.



(34) En ce sens : N. HERVIEU, «*L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines*», [PDF] in Lettre «*Actualités Droits-Libertés*» du CREDOF, 29 septembre 2012, p. 11.

(35) Ibidem.

Bibliographie complémentaire

- commentaire de l'arrêt *Odièvre* : V. BONNET, «L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Odièvre c. la France* du 13 février 2003)», *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 405 à 421 ; A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, note sous Cour eur. D.H., arrêt *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *J.C.P.*, 2003, II, pp. 10049 et s. ; B. MALLET-BRICOUT, «Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme», *D.*, 2003, pp. 1241 et s. ; S. MICHAX, «L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant», *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 321 et s. ; O. ROY, «Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire *Odièvre contre France*», in *Le droit à la connaissance de son origine. Un an après la loi «Royal» du 22 janvier 2002*, Paris, Colloque organisé par la CADCO et la *Revue d'action juridique et sociale (Journal du droit des jeunes - France)* le 15 septembre 2003, www.cadco.asso.fr/colloque/2003odileroy.htm ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme, 2002-2004*, Volume II, *Articles 7 à 59 de la Convention – Protocoles additionnels*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 38 et 39.

- sur les boîtes à bébé : C. BALESTRA, «L'abandon anonyme des nouveau-nés», *J.D.J.*, septembre 2009, pp. 17 et s. ; C. CHABAS, «En Europe, les 'boîtes à bébés' se multiplient», *Le Monde.fr*, mis en ligne le 11 juin 2012 ; GÉNÉTHIQUE, Synthèse de presse quotidienne du 12 juin 2012, «Les Nations unies s'inquiètent de la multiplication des «boîtes à bébés»», www.genethique.org ; SSI/CIR, Bulletin mensuel n° 05/2012, Éditorial, «Les 'boîtes à bébé' : un mode d'abandon polémique», mai 2012, <http://iss-ssi.org>. Voy. également en Suisse l'émission *Faut pas croire* du 19 janvier 2013, <http://www.rts.ch/video/emissions/religion/faut-pas-croire/4588847-debat-boites-a-bebes-l-idee-fait-des-petits.html>.

- Droit à connaître ses origines : M. BORD, V. PREMAM, S. SANDOZ, et D. PIOTET, *Le droit à la connaissance de ses origines*, Recherches juridiques lausannoises, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2006 ; R. J. BLAUWHOFF, *Foundational Facts, Relative Truths. A comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Antwerp/Oxford/Portland, Intersentia, 2009 ; G. DELAISI DE PARSEVAL, «Comment entendre les demandes de levée du secret

des origines ?», *Esprit*, mai 2009, pp. 165 à 179 ; *La recherche des origines*, Colloque national, Berne, 31 mai 2007, http://www.espace-adoption.ch/puma/pdfs/Actes_du_colloque_sur_la_recherche_des_origines_31_mai_2007.pdf ; C. NEIRINCK, «Le droit, pour l'enfant, de connaître ses origines», in *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Collection du Laboratoire de Théorie Juridique, Volume 9, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996, pp. 29 à 52 ; M.-P. POILPOT (dir.), *Naissance et secret : le droit à ses origines*, Ramonville Saint-Agne, Erès/Fondation pour l'enfance, 1999 ; V. PROVOST, «Connaître ses origines : une demande naturelle, nécessaire et légitime», *J.D.J* (France), octobre 2006, pp. 34 à 36 ; P. VERDIER, «Né sous X», in *Cahiers de Maternologie- L'accouchement 'sous X' en question*, n° 5, 1995, pp. 69 à 78 ; P. VERDIER et N. MARGIOTTA, *Le droit à la connaissance de son origine : un droit de l'homme. Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation*, Paris, Jeunesse et Droit, 1998.

- Gestation pour autrui : *La gestation pour autrui : vers un encadrement*, Actes du colloque organisé le 24 avril 2012 à l'UCL (Louvain-la-Neuve) par le Centre de droit médical et biomédical et le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'UCL, à paraître. Sur la question plus spécifique de la recherche des origines dans le cadre du recours à la maternité pour autrui, voy. : G. MATHIEU, «La recherche des origines appliquée à la pratique de la gestation pour autrui», à paraître en mars 2013 dans le bulletin mensuel du SSI/CIR (Service Social International / Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille), disponible en ligne sur le site <http://www.iss-ssi.org>.

- accouchement discret : Proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de permettre l'accouchement discret, Développements, *Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 1705/1, pp. 1 et 9 ; Institut Européen de Bioéthique, «Le droit de savoir d'où je viens : problématique de l'accouchement sous X», *Les Dossiers de l'Institut Européen de Bioéthique*, novembre 2007, n° 10, disponible sur www.ieb-eib.org. Voyez également le Rapport de l'Unicef sur l'accouchement discret qui souligne que «l'accouchement anonyme ne garantit pas les risques liés à l'infanticide, qui relève davantage d'une psychose chez la mère» (Rapport Unicef, *L'accouchement discret... anonyme. Quels droits pour l'enfant ?*, Position d'Unicef Belgique, janvier 2009, extrait cité par le Conseil d'état dans son avis n° 46.052/AG du 21 avril 2009 à propos de la proposition de loi relative à l'accouchement discret du 21 janvier 2009 (proposition Monfils), *Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n° 4 - 1138/2).