

Avis de l'Ombuds Comité pour les Droits de l'Enfant concernant le projet de loi 6568 portant réforme du droit de filiation

Par lettre du 4 décembre 2014, la Chambre des Députés a soumis pour avis le projet de loi 6568 portant réforme du droit de filiation à l'Ombuds-Comité pour les droits de l'Enfant.

*La Chambre demande plus explicitement à l'ORK de s'exprimer d'abord sur l'opportunité de légiférer en matière de la **gestation pour autrui** après les derniers arrêts en 2014 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en la matière, ainsi que sur l'Intérêt d'un droit à l'accès à ses origines.*

1) Gestation pour autrui

Selon l'ORK, les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne font que confirmer l'urgence et l'importance de légiférer en la matière, comme il l'a déjà exprimé à plusieurs reprises, dont notamment en ses rapports annuels 2005¹, 2009² et 2013³, ainsi qu'en son avis du 2 septembre 2013 sur le projet de loi 6568⁴.

Une conciliation entre l'intérêt de l'enfant et les dispositions d'ordre public en matière de convention de gestation pour autrui est obligatoire. L'ORK est conscient que cette conciliation est délicate puisqu'il ne faut en aucun cas favoriser la commercialisation du corps humain. Les abus doivent être évités. Il faut cependant être réaliste et savoir que le maintien de l'interdiction pure et simple sans autres conditions pourrait résulter en un commerce au marché noir, qui ne serait ainsi plus contrôlable du tout.

La Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Dans l'affaire **Labassee c. France**⁵, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a été saisie du refus des autorités françaises de transcrire les actes de naissance des enfants nés d'une gestation pour autrui sur les registres d'état civil. Les requérants, ressortissants français, se trouvent dans l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance en droit français de la filiation légalement établie aux Etats-Unis, à l'égard d'enfants nés par gestation pour autrui. La France a été condamnée pour non-respect de l'article 8⁶ de la Convention européenne des Droits de l'Homme à l'égard des enfants concernés..

En effet, son raisonnement est fondé sur une différence d'interprétation subtile du respect de la vie familiale et de la protection de la vie privée des enfants. Elle rappelle que chaque enfant doit pouvoir

¹ http://ork.lu/files/Rapports_ORK/RAPPORT_ORK_2005.pdf

² http://ork.lu/files/Rapports_ORK/RAPPORT_ORK_2009.pdf page 72

³ http://ork.lu/files/Rapports_ORK/Rapport_ORK_2013_WEB.pdf

⁴ http://www.chd.lu/wps/PA_Archive/FTSShowAttachment?mime=application%2fpdf&id=1217232&fn=1217232.pdf

⁵ Requête 65941/11

⁶ « Toute personne a droit au respect de la vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

établir les détails de son identité d'être humain, y compris sa filiation. En l'espèce, les enfants se trouvent dans une situation d'incertitude juridique puisque la France, sans ignorer que les enfants ont été identifiés comme étant les enfants des parents d'intention, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique.

Le tribunal de Nantes avait considéré que « la convention de mère porteuse était nulle car conclue en violation de la loi française et avait donc un caractère frauduleux. Il en déduisit que la possession d'état sur laquelle se fondaient les requérants et l'acte de notoriété étaient viciés et ne pouvaient permettre l'établissement d'un lien de filiation. » La CEDH a justement considéré que pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française.

La CEDH a donc bien recherché si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'Etat et des individus. Pour ce faire, elle a rappelé le principe essentiel selon lequel à chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer.

Une deuxième affaire, **D et autres c. Belgique**⁷, concernait le refus initial des autorités belges d'autoriser la venue sur le territoire national d'un enfant né d'une gestation pour autrui en Ukraine, à laquelle ont eu recours les requérants, un couple de ressortissants belges. En effet, la délivrance de passeports est régie par un article qui dispose que « s'il y a doute quant à l'identité ou à la nationalité du requérant, la délivrance pourra être suspendue aussi longtemps que cette personne n'établira pas son identité ou sa nationalité belge par des documents ... ». La CEDH y a retenu que l'ingérence dans la vie privée était justifiée et a retenu que la séparation des parents et du nouveau-né pendant 3 mois pouvait encore être considérée comme un délai raisonnable.

Les deux arrêts montrent que le défaut de reconnaissance en droit national des états civils d'enfants peut effectivement amener à des situations familiales délicates qui sont loin de l'intérêt supérieur des enfants.

Au **Luxembourg, la même problématique** se pose. La question du lien de filiation entre le père biologique et son enfant peut faire l'objet d'interprétations différentes selon les juges : soit la transcription est acceptée, soit la filiation paternelle est refusée du fait d'un cas de fraude à la loi. En outre, une solution juridique claire et nette n'existe pas concernant la reconnaissance du lien d'adoption entre la mère d'intention et les enfants.

Sans papiers d'identité valables, une solution claire sur l'attribution de l'autorité parentale fait également défaut en droit luxembourgeois. **Ces enfants existent pourtant et devraient pouvoir bénéficier d'une protection comme tout autre enfant, en vertu de l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui dispose que : tous les enfants sont égaux.**

Conclusion :

L'ORK estime que les enfants nés d'une gestation pour autrui doivent être protégés de la même façon que tout autre enfant.

Il n'est pas acceptable qu'un Etat puisse refuser de protéger un enfant en fonction de son mode de conception.

L'intérêt supérieur de l'enfant doit être « une considération primordiale » dans toutes les décisions qui concernent les enfants, selon l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant et l'Etat doit lui assurer une stabilité juridique.

Les enfants ne doivent pas se voir indirectement infliger des sanctions prononcées à l'égard des parents, ce qui aurait éventuellement pour effet de les priver, même partiellement, de droits communément alloués à chaque autre enfant.

L'ORK estime donc que dans un premier temps les enfants nés d'une maternité de substitution doivent être protégés. La question « comment éviter les abus et l'exploitation » doit être résolue dans un deuxième temps ou en tout cas séparément du premier. Le législateur ne peut pas faire abstraction du fait que les enfants issus de la gestation pour autrui existent et qu'ils ont comme tout enfant droit à une sécurité juridique.

⁷ Requête 29176/13

2) L'accès aux origines pour les enfants adoptés ou nés sous X

Quant à la question sur l'opportunité de légiférer sur le droit d'accès aux origines, notamment en matière d'accouchement sous X, l'ORK se permet de renvoyer à ses avis suivants :

Dans son avis du 2 septembre 2013, l'ORK avait déjà soulevé qu'il est regrettable que le projet 6568 ne prévoyait « pas une structure, respectivement une procédure permettant/facilitant à tout enfant de connaître ses origines. » L'ORK y renvoie à l'avis du Conseil d'Etat sur le projet 6172A, qui propose de mettre en place, à l'instar de la loi française n°2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès des origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, un dispositif permettant à l'adopté de lever le secret sur les origines.

C'est un début de solution pour concilier les vœux de la mère et les intérêts de l'enfant. En effet, la procédure a été approuvée par la Cour européenne des Droits de l'Homme lors d'une audience publique le 9 octobre 2002, à la suite d'une plainte introduite contre la France par une jeune femme abandonnée, Madame Pascale Odièvre [10-11]. La Cour a jugé que « la législation française tente d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre ces intérêts ».

La loi française du 22 janvier 2002 relative à l'accès des origines a mis en place un « Conseil National pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), organe qui gère la procédure mise en place par la loi pour concilier les intérêts de la mère et de l'enfant.

La loi française réaffirme la possibilité pour une femme d'accoucher dans le secret de son identité et de bénéficier de la sécurité, des soins et de l'accompagnement approprié si elle le souhaite.

Mais cette loi préconise aussi les possibilités d'information laissées par la mère pour l'enfant :

- possibilité de lever le secret de l'identité à tout moment,
- possibilité de laisser son identité sous pli fermé à l'intention de l'enfant, ce pli ne sera ouvert que si l'enfant en fait la demande et la personne pourra être contactée pour exprimer sa volonté;
- possibilité de laisser des renseignements non-identifiants qui permettront de comprendre les circonstances ;
- possibilité de laisser son identité dans le dossier et l'enfant pourra la retrouver.

Cet éventail de possibilités est proposé à toutes les femmes qui se posent, lors de l'accouchement, la question de rester dans l'anonymat.

Pour les situations du passé, pour ceux qui sont nés il y a 20, 30, 50 ans ou plus, le CNAOP est compétent pour aider les personnes en recherche de leur origine. Il pourra contacter la mère de naissance, si elle peut être identifiée, l'informer de la démarche de celui dont elle a accouché, lui expliquer la loi et lui demander d'exprimer sa volonté d'accepter ou de refuser de lever le secret de son identité.

La loi ne contraint pas la mère de naissance à communiquer son identité, même de manière confidentielle. Un article énonce cependant aussi que la femme doit être informée des conséquences juridiques de sa demande de secret, et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire.

Dès lors, la femme est invitée, au moment de son accouchement, à laisser des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant, les circonstances de sa naissance, ainsi que dans une enveloppe cachetée: son nom, ses prénoms, la date et le lieu de sa naissance. A l'extérieur de l'enveloppe figureront les prénoms qu'elle aura éventuellement choisis pour l'enfant ainsi que le sexe, la date, l'heure et le lieu de la naissance de ce dernier. Ce pli sera conservé fermé et sera ouvert uniquement par un membre du CNAOP si celui-ci est saisi d'une demande d'accès à la connaissance de ses origines par l'enfant devenu adulte ou, s'il est mineur, par son ou ses représentants légaux ou par lui-même avec l'accord de ceux-ci. Dans ce cas, la mère sera contactée par le CNAOP qui lui demandera de confirmer ou non son désir de secret.

D'autre part, la mère de naissance est informée qu'à tout moment, elle peut lever le secret de son identité qu'elle ait accouché sous X ou confié son identité sous pli fermé. Elle peut également remettre ce pli ultérieurement ou compléter les renseignements donnés lors de la naissance. En revanche, elle n'aura pas la possibilité légale de rechercher l'enfant qu'elle a abandonné. L'initiative ne peut venir que de l'enfant.

La loi confie au CNAOP la charge d'assurer la mise en œuvre de l'accompagnement psychologique et social de la femme, de lui délivrer les informations nécessaires, de recueillir les renseignements non

identifiants et éventuellement le pli fermé. Une difficulté pratique est d'accomplir ces tâches dans le temps très bref qui est actuellement celui de l'hospitalisation de la mère en maternité.

Un article précise par ailleurs **que l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation**. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit. L'ORK approuve cette position. Il ne faut pas mélanger filiation juridique avec recherche aux origines.

La loi française est une loi dite de procédure qui essaye d'appréhender toutes les situations existantes et le CNAOP est saisi de demandes d'accès aux origines par des personnes nées il y a 30, 40, 50 ans ou plus.

Conclusion :

Pour connaître et comprendre l'importance de la levée de l'anonymat pour l'enfant, notamment en matière de procréation médicale assistée, l'ORK permet de renvoyer aux pages 56 et suivantes de son rapport 2012⁸, ainsi qu'à l'article de Madame Hansen dans le « Letzebuurger Land du 24.05.2013⁹ ».

Par ailleurs, considérant les progrès de la médecine actuelle et l'injustice que représente la privation volontaire des **antécédents médicaux**, l'accouchement sous X demeure une injustice à part entière puisqu'il ne donne pas les mêmes chances aux nés sous X qu'aux autres en cas de maladies héréditaires ou de nécessité de dons. On pourrait préconiser qu'un dossier médical anonyme sur les antécédents médicaux du côté de la mère de naissance et du père de naissance qui sont susceptible d'avoir des conséquences sur la santé de l'enfant soit versé au dossier médical de l'enfant.

L'ORK veut donc rendre attentif à 4 points relatifs à la recherche des origines, aussi bien en matière d'accouchement sous x, adoption et insémination artificielle :

- un aménagement de la loi instaurant un accouchement dans le secret (ou accouchement protégé). L'accouchement dans le secret ne devra pas être proposé, comme c'est le cas avec l'accouchement sous X en vertu de la loi française de 2002, comme seule et unique solution pour l'abandon d'un enfant. Les femmes devront être sensibilisées aux différentes opportunités existantes : d'un accouchement sans le secret, à un accouchement dans le secret jusqu'à la possibilité de garder leur enfant en leur faisant part des aides existantes.
- L'entité créée pour la collecte des informations d'origine doit avoir des moyens de recherches élargis, afin de pouvoir accéder à tous les documents nécessaires au bon déroulement des investigations (notamment les documents médicaux qui sont souvent ceux qui contiennent le plus d'informations). Cette entité devrait avoir des missions étendues à la recherche des origines pour adoptés internationaux mais également pour les adoptés nationaux abandonnés sans le secret.
- une mise en place d'un accompagnement spécifique : médiation et suivi psychologique de l'adopté et des familles biologique et adoptive lors de ces démarches. Cette mesure nécessitera l'intégration au sein de cette entité de psychologues et d'un personnel qualifié en matière de médiation familiale.
- une mise en place d'une politique de formation des professionnels de la santé et de l'éducation nationale concernant les sujets de l'adoption internationale, de l'abandon, de l'accouchement dans le secret (planning familial, assistantes sociales, personnels médicaux, ...) l'objectif étant d'atténuer les disparités de méthodologie et de sensibilité entre les uns et les autres.

⁸ http://ork.lu/files/Rapports_ORK/RAPPORT_ORK_2012.pdf

⁹ <http://ork.lu/files/RevuePresserapport2013/20130524LtzebuurgerLandFiliation.pdf>