



OBSERVATIONS ÉCRITES

*soumises à la Cour européenne des droits de l'homme
dans l'affaire*

*S.W. et autres c. Autriche
(Requête n° 1928/19)*

Grégor Puppinck, Directeur,
Priscille Kulczyk,
Nicolas Bauer,
Delphine Loiseau, Chercheurs associés.

Juillet 2019

1. Dans l'affaire *S.W et autres contre Autriche* (requête n° 1928/19), deux femmes autrichiennes ont conclu un partenariat enregistré. L'une d'elles (la 1^{re} requérante) a accouché d'une enfant (la 2^e requérante) en 2014, qui a été adoptée la même année par la partenaire enregistrée (la troisième requérante). C'est la Grande chambre de la Cour qui avait imposé la possibilité d'une telle adoption par deux partenaires de même sexe, en condamnant l'Autriche en 2013 pour sa discrimination en raison de l'orientation sexuelle, par seulement dix voix contre sept¹.

2. Les requérantes se plaignent, sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention, de la mention de la 3^e requérante dans l'acte de naissance de l'enfant sous la mention « Père / Parent », en tant que deuxième parent de l'enfant. D'après les requérantes, ce formulaire d'acte de naissance, reflétant le caractère sexué de la filiation, laisserait deviner que la personne inscrite dans la case « Père / Parent » n'est pas la mère biologique de l'enfant mais son parent adoptif. Cette « révélation » serait préjudiciable aux yeux des requérantes au point de constituer une violation de leur vie privée ainsi que de leur droit à l'autodétermination informationnelle. Les requérantes, bien qu'ayant acquis des droits « parentaux » égaux sur l'enfant, veulent indiquer dans l'acte de naissance que l'enfant était née de deux « mères » ou de deux « parents ». Cette requête suppose que la filiation adoptive serait en quelque sorte « honteuse » pour le parent adoptif, par rapport à la filiation biologique.

3. Comme dans l'affaire *R. F. c. Allemagne*², actuellement pendante, elles se plaignent de ne pas être toutes deux reconnues mères de l'enfant et s'estiment victimes d'une discrimination fondée sur leur homosexualité. Elles ne voient pas d'injustice en revanche dans le fait que l'enfant soit privée de son père. En fait, ce que ces femmes contestent, c'est le fait que la nature – qui est hétérosexuelle – soit encore une référence pour les normes humaines.

4. L'objet de cette requête est d'instrumentaliser le droit au respect de la vie privée et familiale à des fins politiques, sociétales et militantes. En réalité, les requérantes souhaitent séparer totalement filiations biologique et juridique, en supprimant toute référence au caractère sexué et biologique de l'engendrement humain et de la filiation. L'acte de naissance n'aurait alors plus aucun lien concret avec la naissance. Le droit serait séparé de la réalité.

5. Les 1^{re} et 3^e requérantes disent agir tant en leur nom qu'en celui de l'enfant. D'emblée, il convient de souligner que l'acte de naissance en cause est celui de l'enfant, et non des adultes. Celles-ci n'ont aucun droit sur l'acte de naissance de l'enfant. Toute l'affaire devrait donc être considérée avant tout du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui prime celui des adultes. Dans des affaires similaires, la Cour a reconnu que les intérêts des requérants diffèrent et doivent être mis en balance avec les droits des enfants et leur intérêt supérieur³. Dans cet équilibre, « l'importance à privilégier les intérêts de l'enfant par rapport à ceux des parents est accrue dans le cas d'une relation fondée sur l'adoption »⁴. En l'espèce, il est évident qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation faussée, en plus du fait d'avoir été privé de son père. Le désir de la 3^e requérante d'apparaître socialement comme mère de l'enfant ne saurait justifier l'atteinte aux droits et intérêts de l'enfant.

¹ CEDH, *X et autres contre Autriche* [GC], n° 19010/07, 19 février 2013.

² Requête *R.F. et autres c. Allemagne*, n° 46808/16.

³ CEDH, *Fretté c. France*, n° 36515/97, 26 février 2002, § 42 : « Sont ici en cause les intérêts concurrents du requérant et des enfants pouvant être adoptés ».

⁴ CEDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, nos 78028/01 et 78030/01, 22 juin 2004, § 156.

6. Cette affaire est aussi symptomatique de l'enflamment du champ d'application de l'article 8. Nombreux sont ceux, y compris parmi les juges de la Cour, qui dénoncent ce phénomène. L'un d'entre eux a suggéré ironiquement que l'article 8 s'écrive à présent « article ∞ »⁵ car sa portée est devenue infinie. L'article 8 de la Convention ne peut – ni ne doit – justifier une subjectivisation totale de la vie familiale, en l'espèce de la naissance, par l'effacement de tout reste de référence au caractère sexué de l'engendrement humain et de la filiation. Cette affirmation repose non seulement sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre particulier de l'adoption (I) mais également sur le caractère permanent et indisponible de l'état civil (II).

I- L'intérêt supérieur de l'enfant, considération primordiale de l'adoption

A- La conciliation de l'adoption avec les droits de l'enfant

7. L'idéal pour l'enfant est, au moins dans les sociétés européennes, de pouvoir rassembler les trois composantes de la filiation – biologique, sociale et éducative, juridique⁶. Cet idéal est conforme à la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) de 1989 qui énonce : « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci (...), dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* » (art. 7 §1). De fait, la plupart du temps, le géniteur élève ses enfants et a le statut de « parent » ; autrement dit, le géniteur, l'éducateur et le parent « juridique » d'un enfant sont en général et en principe une seule et même personne.

Les situations familiales atypiques qui perturbent cette unité sont rarement dans l'intérêt de l'enfant et ne sauraient par conséquent nécessairement s'imposer à la société. Ainsi que l'a relevé la Cour dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, « *il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant* »⁷. L'enfant a le droit « à une « *vie familiale normale* » (...) (comportant) *l'établissement de sa double filiation maternelle et paternelle* »⁸. La Cour a déjà souligné « *l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun* »⁹. En effet, si le désir d'avoir un enfant est profondément humain, la nature humaine qui fait naître le désir de devenir parent a aussi placé en l'enfant le besoin d'être élevé et aimé par ses véritables parents.

8. D'après la CEDH, « *la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter* »¹⁰. La CIDE demande que, pour les États qui admettent ou autorisent l'adoption, l'intérêt supérieur de l'enfant soit « *la considération primordiale en la matière* » (art. 21). L'adoptabilité d'un enfant, c'est-à-dire le fait qu'il soit en situation de pouvoir être adopté, doit être prononcée à titre exceptionnel. L'État doit avoir au préalable envisagé toutes les mesures alternatives possibles et évalué l'impact d'une telle décision sur l'enfant¹¹. En l'espèce, il est étonnant qu'il ne soit pas fait mention dans la requête d'un père biologique de l'enfant, même inconnu, et qu'il ne soit pas précisé si les circonstances imposaient ou justifiaient l'absence ou la suppression de son lien de filiation avec l'enfant.

⁵ CEDH, *Erményi c. Hongrie*, n° 22254/14, 22 novembre 2016, Opinion dissidente du juge Küris.

⁶ Dominique Schnapper, « Le pur et l'impur », *Commentaire*, n° 146, 2014, p. 330.

⁷ CEDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC], n° 21830/93, 22 avril 1997, § 47.

⁸ Nathalie Bettio, Le « Droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2010-2-008, 0301 n° 2, p. 473. Voir CEDH, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, 13 juin 1979 (filiation maternelle) ; *Johnston c. Irlande*, n° 9697/82, 18 décembre 1986 (filiation paternelle).

⁹ CEDH, *Menesson c. France*, n° 65192/11, 26 juin 2014, § 100.

¹⁰ CEDH, *Fretté c. France*, n° 36515/97, 26 février 2002, § 32.

¹¹ CEDH, *S.H. c. Italie*, n° 52557/14, 13 octobre 2015, §§ 38 et 43.

L'adoption d'un enfant est admise pour offrir un foyer à un enfant qui en est privé (orphelins ou abandonnés), donc dans son intérêt, et non pour satisfaire le désir d'adultes. Les États doivent tenir compte de ce que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent* »¹². En particulier, lorsque c'est possible, il est important de maintenir un lien entre un enfant et ses deux parents biologiques, en l'espèce la première requérante et l'éventuel père biologique de la deuxième requérante¹³. Pour cette raison, l'adoption simple tend à être privilégiée par la Cour, plutôt que l'adoption de type « plénière ». En effet, l'adoption simple permet de concilier une filiation (adoptive) stable et protectrice avec le droit de l'enfant de connaître ses parents biologiques et d'entretenir des relations avec eux¹⁴.

En l'espèce, l'adoption pratiquée n'est pas une adoption simple, car les liens avec les parents biologiques sont rompus, notamment le droit de garde, le droit de visite et le droit d'être consultés et informés¹⁵. L'enfant garde uniquement deux liens : des droits dans la succession de ses parents biologiques, lorsqu'ils sont connus, et la possibilité de recevoir une aide alimentaire de leur part si ses parents adoptifs sont défailants¹⁶.

9. En Autriche, l'adoption est conçue comme une sorte de deuxième naissance. En effet, elle aboutit à la suppression de l'acte de naissance d'origine et à son remplacement par un autre acte de naissance¹⁷. La nouvelle filiation, adoptive, se substitue à la filiation d'origine de l'enfant et en produit les mêmes effets. Ce type d'adoption complique une éventuelle reconnaissance ultérieure de la filiation biologique de l'enfant. En l'espèce, aucun cas de révocation de l'adoption prévu par le droit autrichien ne pourrait concerner cette enfant¹⁸. De plus, la résiliation d'une adoption dépend soit du consentement des adultes ou de leurs choix de vie, soit d'une démonstration que le maintien de l'adoption met sérieusement en péril le bien-être de l'enfant adoptée¹⁹. Par conséquent, l'enfant n'a pas lui-même une marge de manœuvre suffisante pour pouvoir, si elle le souhaite un jour, rechercher et faire reconnaître sa filiation paternelle. L'adoption de la deuxième requérante par la partenaire de sa mère est donc un obstacle important à une action en recherche de paternité et empêchera très probablement cette enfant de faire reconnaître sa filiation avec son père.

10. C'est pour cette raison qu'un changement total d'acte de naissance devrait rester une exception, uniquement lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige. Étant donné que le nouvel acte de naissance de l'enfant ne mentionne pas ses origines biologiques, certains spécialistes considèrent même que ce type de pratique est contraire au droit de l'enfant de connaître ses origines²⁰. En particulier, la CEDH a déjà consacré le droit d'établir « *quelques racines de son histoire* »²¹ et les « *circonstances de [sa naissance]* »²², ainsi que « *de connaître et de faire*

¹² Voir notamment : CEDH, *S.H. c. Italie*, n° 52557/14, 13 octobre 2015, § 39.

¹³ CEDH, *Zhou c. Italie*, n° 33773/11, 21 janvier 2014, §§ 54 et 61.

¹⁴ CEDH, *Zhou c. Italie*, n° 33773/11, 21 janvier 2014, §§ 59 à 61.

¹⁵ Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), article 197. Voir également : [Site officiel du gouvernement autrichien, Service public, Adoption, Processus d'adoption](#)

¹⁶ Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), article 198.

¹⁷ Loi sur l'état civil, *Personenstandsgesetz*, PStG, 2013, article 4 § 1. Voir également : [Site officiel du gouvernement autrichien, Service public, Adoption, Processus d'adoption](#)

¹⁸ Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), article 200.

¹⁹ Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), articles 201 et 202.

²⁰ Voir par exemple : Clotilde Brunetti-Pons, « Existe-t-il un droit de connaître ses origines ? », *Le don de gamètes*, Colloque Evry 2013 (sous la direction d'Aude Mirkovic), Bruylant, 2014, p. 107.

²¹ CEDH, *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, 25 septembre 2012, § 68.

²² CEDH, *Odièvre c. France*, [GC], n° 42326/98, 13 février 2003, § 29.

reconnaître son ascendance »²³. En l'espèce, l'adoption de l'enfant requérante lui rend impossible l'exercice de ses droits, et par conséquent les viole.

11. Si l'acte de naissance d'un enfant adopté par la procédure autrichienne omet d'indiquer que ses parents légaux ne sont pas biologiques, cela ne doit pas avoir pour objectif de mentir sur les origines de l'enfant. L'objectif d'une adoption est d'établir un lien de filiation solide et protecteur pour l'enfant, et donc dans son intérêt supérieur, en évitant qu'il fasse l'objet de litiges opposant ses parents par le sang à sa famille adoptive. Dans la loi autrichienne, l'enfant adopté garde d'ailleurs la possibilité d'accéder à des informations concernant ses origines biologiques à partir de ses quatorze ans²⁴. La mention de l'adoption ne peut en effet pas être supprimée des registres d'état civil²⁵.

12. En l'espèce, les requérantes considèrent que le fait qu'il soit possible de deviner en lisant l'acte de naissance laquelle des deux est la mère adoptive « *constitue une violation de la sphère strictement familiale et viole leur droit à l'autodétermination informationnelle* »²⁶. Cette situation résulte simplement du fait que, dans le cas d'une adoption par un couple de même sexe, le caractère adoptif de la filiation ne peut pas être caché à l'enfant ou à la société. En effet, une double filiation maternelle n'imit pas la procréation naturelle. Il est donc évident que le caractère adoptif de la filiation avec la troisième requérante puisse être deviné par l'acte de naissance, sans avoir besoin de consulter l'extrait complet des actes d'état civil concernant l'enfant. Cette différence de traitement est la conséquence nécessaire d'une différence entre deux situations, l'une imitant la procréation naturelle, l'autre la niant. La Cour a déjà reconnu à cet égard que face à la procréation, les couples homosexuels et hétérosexuels ne sont pas dans la même situation.

B- La nature, norme de référence de l'adoption

13. Plus généralement, le changement total de l'acte de naissance révèle que l'adoption est une double fiction juridique. D'une part, le lien de filiation d'origine est nié, en l'espèce le lien entre le père biologique et la deuxième requérante. D'autre part, un lien de filiation est créé avec un parent adoptif, par l'établissement d'un nouvel acte de naissance²⁷. Cette double fiction fonde une filiation adoptive, qui n'est pas la filiation réelle, mais correspond à une réalité, car l'adoption est traditionnellement organisée selon un « *modèle pseudo-procréatif* »²⁸.

14. Or, un acte de naissance avec deux parents du même sexe revient à transformer l'adoption en une triple fiction, car même le modèle naturel est nié. En l'espèce, dans l'acte de naissance établi figurent deux femmes et aucune place pour un père²⁹. Par une telle adoption, l'adoption

²³ CEDH, *Pascaud c. France*, n° 19535/08, 16 juin 2011, § 59.

²⁴ Loi sur l'état civil, Personenstandsgesetz, PStG, 2013, article 52.

²⁵ Voir également : [Site officiel du gouvernement autrichien, Service public, Adoption, Recherche des parents biologiques](#)

²⁶ CEDH, requête *S.W. et autres c. Autriche*, n° 1928/19, communiquée le 12 février 2019.

²⁷ Christine Biquet, « Les fictions en droit », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2013, p. 283-284.

²⁸ Irène Théry, Anne-Marie Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 42.

²⁹ Remarquons d'ailleurs que l'acceptation de cette troisième fiction confirme l'idée que l'objectif de l'adoption n'est pas de mentir sur les origines de l'enfant. Voir sur ce sujet : Conseil constitutionnel français, Décision n° 2013-669 DC, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, 17 mars 2013 : étant donné qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose (...) que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé », l'adoption plénière pour les couples de même sexe a été considérée comme constitutionnelle en France.

devient un simple « *outil juridique permettant à un couple d'accéder à la parenté* »³⁰. Cela empêche alors l'enfant de faire reconnaître sa filiation réelle avec son père.

En outre, les « mères » adoptives requérantes demandent, de manière étonnante, une quadruple fiction. Non seulement leur adoption nie la nature en indiquant deux femmes comme parents sur l'acte de naissance, mais celles-ci demandent en outre que cette négation de la nature devienne invisible.

Ainsi, dans l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, la CEDH a aussi considéré qu'il n'y avait pas de « *base factuelle* » pour étendre le principe de la présomption de paternité à la compagne de la mère biologique, car « *si une des partenaires d'un partenariat civil donne naissance à un enfant, il peut être exclu, pour des considérations biologiques, que l'enfant descend de l'autre partenaire* »³¹. En l'espèce, ce n'est donc pas le formulaire de l'acte de naissance mais des considérations biologiques élémentaires qui permettent de déduire qu'au moins l'une des deux femmes n'est pas la mère biologique. Les faits et la nature sont une réalité qui ne peut pas être considérée comme discriminatoire.

15. La Grande chambre de la Cour, dans l'affaire *S.H. et autres c. Autriche*, a considéré comme légitime que « *la loi autrichienne repose sur l'idée selon laquelle la procréation médicalement assistée doit demeurer aussi proche que possible de la conception naturelle, le législateur ayant notamment voulu maintenir le principe fondamental de droit civil contenu dans l'adage mater semper certa est (« la mère est toujours certaine ») en faisant en sorte que deux femmes ne puissent se disputer la maternité biologique d'un même enfant* »³². Cet arrêt de Grand chambre permet de conclure que « *la nature peut (...) rester la norme de référence, un point de repère objectif et extérieur à l'homme* » et à sa volonté individuelle³³.

En l'espèce, il est donc légitime que le législateur autrichien souhaite maintenir un acte de naissance « *aussi proche que possible* » de la nature, tout en tolérant une extension de l'adoption aux couples de même sexe, puisqu'il y a été contraint par la CEDH. L'acte de naissance est adapté à une telle adoption, non par une négation de la nature, mais par des cases prenant en compte ces couples (« Mère / Parent » et « Père / Parent »). Étant donné que la mère est en principe la femme qui accouche³⁴, il est logique que la femme ayant accouché de l'enfant figure sur le certificat de naissance en tant que mère et que la femme ayant adopté l'enfant y figure en tant que second parent.

II- L'état civil, à la fois lieu de mémoire et moyen d'identification

A- L'inaliénabilité de l'état civil, fondé avant tout sur des faits

16. L'état civil a une double fonction, en tant que lieu de conservation du *passé* et preuve et moyen d'identification des personnes au *présent*³⁵. Il correspond à des « *faits* » et à des

³⁰ Clotilde Brunetti-Pons, « Existe-t-il un droit de connaître ses origines ? », *Le don de gamètes*, Colloque Evry 2013 (sous la direction d'Aude Mirkovic), Bruylant, 2014, p. 93.

³¹ CEDH, *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*, décision d'irrecevabilité, n° 8017/11, 7 mai 2013.

³² CEDH, *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, § 104.

³³ L'affaire *S. H. et autres c. Autriche* CEDH, [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011. Commentaire par Claire de La Hougue et Grégor Puppinc, docteurs en droit, *European Centre for Law and Justice*, 1^{er} janvier 2012.

³⁴ Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), article 143.

³⁵ Irène Théry, Anne-Marie Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 69.

« événements »³⁶. L'acte de naissance, qui en fait partie, répond d'abord à la première des fonctions de l'état civil et son contenu découle donc directement de la réalité. En effet, il est fait pour attester de la naissance d'une personnalité juridique. Il contient des éléments qui pour l'essentiel correspondent à un événement historique et ne seront pas modifiés au cours de la vie de l'enfant. Parmi ces indications, il y a généralement « *le nom de l'enfant, les noms des parents, le sexe de l'enfant, la date de naissance aussi, le lieu de naissance de l'enfant* »³⁷.

Le fait que l'acte de naissance vise prioritairement à documenter factuellement la naissance avec des caractéristiques objectives sur l'enfant et sa filiation fait l'objet d'un certain consensus. Ainsi, d'après le Fonds des Nations unies pour l'enfance (Unicef), « *le terme « certificat de naissance » peut soit faire référence au document original certifiant les circonstances de la naissance, soit être une copie ou une représentation certifiée de l'enregistrement de cette naissance, en fonction des pratiques du pays qui délivre le certificat* »³⁸.

17. Si l'acte de naissance, dans certains pays, indique des parents adoptifs comme « *parents* », comme si la femme avait accouché de l'enfant et l'homme était présumé père biologique, il garde en général au moins une trace du caractère sexué de la filiation, et donc un certain lien avec la réalité. En effet, un enfant naît obligatoirement d'un homme et d'une femme, et il est logique que le formulaire de l'acte de naissance garde cette origine. Ainsi, l'Unicef propose un formulaire « *standard* » indiquant la « *mère* » et le « *père* » de l'enfant, sans qu'il y ait un quelconque emplacement pour indiquer le sexe ou le genre de chacun des parents³⁹. En l'espèce, l'Autriche prévoit une case « *Mère / Parent* » et une case « *Père / Parent* » ; alors que le fait d'ajouter « */ Parent* » est un choix politique, le maintien des mots « *père* » et « *mère* » découle de la réalité d'une naissance et d'une filiation.

18. L'enregistrement des faits d'état civil répond à des objectifs d'intérêt général. Dans l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, la Cour « *admet pleinement que la préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil et, plus largement, l'exigence de sécurité juridique, relèvent de l'intérêt général* »⁴⁰. En effet, fournissant des « *documents juridiques relatifs à [des] événements* »⁴¹, il favorise une bonne gouvernance démocratique⁴². Plus particulièrement, l'acte de naissance a une finalité à la fois juridique et statistique⁴³.

³⁶ Voir définitions officielles de l' « état civil » : Nations unies, Département des affaires économiques et sociales, Division de statistique, 2001, p. 50 ; Nations unies, Département des affaires économiques et sociales, Division de statistique, 1998, p. 9.

³⁷ Loi sur l'état civil, *Personenstandsgesetz, PStG*, 2013, article 54.

³⁸ Fonds des Nations unies pour l'enfance, *Un passeport pour la protection : Guide pour les programmes d'enregistrement des naissances*, UNICEF, New York, 2013, « Glossaire – « certificat de naissance » », p. 138.

³⁹ Fonds des Nations unies pour l'enfance, *Un passeport pour la protection : Guide pour les programmes d'enregistrement des naissances*, UNICEF, New York, 2013, p. 122-123, « Informations dont l'inclusion est recommandée pour l'acte de naissance » ; voir aussi : Nations unies, Département des affaires économiques et sociales, Division de statistique, 2001, p. 13-18.

⁴⁰ CEDH, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13, 6 avril 2017, § 132. Voir aussi : Fonds des Nations unies pour l'enfance, *Un passeport pour la protection : Guide pour les programmes d'enregistrement des naissances*, UNICEF, New York, 2013, p. 21 ; Nations unies, Département des affaires économiques et sociales, Division de statistique, 1998, p. 9.

⁴¹ Fonds des Nations unies pour l'enfance, *Un passeport pour la protection : Guide pour les programmes d'enregistrement des naissances*, UNICEF, New York, 2013, p. 140.

⁴² Fonds des Nations unies pour l'enfance, *Un passeport pour la protection : Guide pour les programmes d'enregistrement des naissances*, UNICEF, New York, 2013, p. 12.

⁴³ Fonds des Nations unies pour l'enfance, *Un passeport pour la protection : Guide pour les programmes d'enregistrement des naissances*, UNICEF, New York, 2013, p. 122.

Pour cette raison, le changement total d'acte de naissance en cas d'adoption est critiqué, car des enquêtes internationales montrent qu'il crée une incertitude identitaire chez l'enfant⁴⁴. C'est pourquoi, des spécialistes proposent de toujours garder uniquement l'acte de naissance originel et de seulement mentionner le nom des parents adoptifs, en marge de cet acte de naissance⁴⁵. Dans tous les cas, comme le rappellent Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, « *on ne peut pas effacer ce qu'on veut. Il n'est que de rappeler ici la pratique des États totalitaires qui n'hésitent pas à « retoucher la photo » pour effacer ce qui gêne* »⁴⁶.

19. Le droit « à une forme d'auto-détermination informationnelle », tel que consacré par la Cour, autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne la collection et la diffusion des données⁴⁷. Cependant, il n'implique pas de pouvoir modifier le contenu de ses données pour mentir sur la réalité, en décidant d'être considérée comme la « mère biologique » d'un enfant. Une telle possibilité serait contraire aux objectifs d'intérêt général auxquels répond l'enregistrement des faits d'état civil. En l'espèce, les deux femmes requérantes doivent avoir conscience qu'elles ne peuvent pas disposer de l'état civil de l'enfant pour le conformer à leur désir individuel de maternité.

20. La jurisprudence de la Cour montre l'importance de l'accouchement pour la maternité et qu'il n'est pas légitime d'effacer toute trace de la filiation biologique ou toute différence entre filiations biologique et adoptive. Ces principes permettent de répondre au mouvement d'« insatisfaction » de requérants quant à l'état civil de leurs enfants. C'est par exemple le cas des affaires *R.F. et autres c. Allemagne*⁴⁸ et *O.H. et G.H. c. Allemagne*⁴⁹, dans lesquelles l'ECLJ est intervenu.

En effet, l'acte de naissance autrichien est conforme avec le « *Rapport sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation – 'Le Livre blanc'* » élaboré par le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) et adopté en mai 2004 dont le principe 1 concernant l'établissement de la filiation maternelle énonce « *La femme qui donne naissance à l'enfant est considérée comme sa mère* »⁵⁰. Une seule femme, en l'occurrence celle qui a accouché, peut prétendre à être reconnue comme mère du fait de la naissance. Le CDCJ explique que ce principe 1 « *va dans le sens de l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Marckx, selon laquelle il existe un droit fondamental, pour une mère et son enfant, de voir leur lien de filiation établi sans conteste à partir du moment de la naissance* »⁵¹. Il est encore précisé que « *toute modification ultérieure de la filiation juridique*

⁴⁴ Voir à ce sujet : F. R. Ouellette et J. Saint-Pierre, « Parenté, citoyenneté et état civil des adoptés », *Enfance, Famille, Générations* n°14, 2011, p. 51-76.

⁴⁵ Irène Théry, Anne-Marie Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 70.

⁴⁶ Irène Théry, Anne-Marie Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 69.

⁴⁷ CEDH, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* [GC], n° 931/13, 27 juin 2017, § 137 : « *L'article 8 de la Convention consacre donc le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu* ».

⁴⁸ CEDH, *R.F. et autres c. Allemagne*, requête n° 46808/16, communiquée le 13 janvier 2017.

⁴⁹ CEDH, *O.H. et G.H. c. Allemagne*, requête n°s 53568/18 et 54741/18, communiquées le 6 février 2019.

⁵⁰ Comité européen de coopération juridique, « Rapport sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation – 'Le Livre blanc' », mai 2004, CJ-FA (2006) 4 f, p. 7.

⁵¹ Comité européen de coopération juridique, « Rapport sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation – 'Le Livre blanc' », mai 2004, CJ-FA (2006) 4 f, p. 7, § 12.

(par exemple, adoption par une autre personne) seront sans incidence sur la filiation juridique maternelle au moment de la naissance »⁵².

Plus récemment, la CEDH a confirmé dans des affaires de gestation par autrui (GPA), que les États n'avaient pas l'obligation de procéder à la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger pour établir son lien de filiation avec la mère d'intention, l'adoption pouvant être une modalité de reconnaissance de ce lien⁵³. La Cour reconnaît ainsi la légitimité de différencier filiation maternelle par l'accouchement et filiation maternelle adoptive. En l'espèce, l'Autriche peut donc maintenir un acte de naissance à partir duquel il serait possible de déduire laquelle des deux femmes est la mère biologique.

B - Une utilisation raisonnable de l'état civil par l'État

21. Même si la Cour reconnaissait en l'espèce l'existence d'une ingérence dans le droit des requérantes au respect de la vie privée et familiale, elle paraît proportionnée. En effet, l'Autriche bénéficie d'une large marge d'appréciation dont elle n'a pas excédé les limites dès lors qu'elle a ménagé un juste équilibre entre les droits et intérêts en présence.

L'existence d'une large marge d'appréciation en faveur de la protection des enfants

22. Il convient d'abord de souligner qu'en l'absence de droit à l'adoption et de droit de devenir parent⁵⁴, la Cour rappelle régulièrement la compétence de l'État en matière d'adoption et de filiation⁵⁵.

23. En outre, une « *marge d'appréciation (est) confiée à l'Etat dans la réglementation des relations de filiation* »⁵⁶ et son étendue peut varier en fonction de divers facteurs, comme le rappelle régulièrement la Cour⁵⁷. Si la filiation d'un individu peut être considérée comme un aspect particulièrement important de son existence ou de son identité, ce qui restreindrait la marge d'appréciation laissée à l'État, celle-ci devrait toutefois être plus large dès lors que la Cour a considéré l'adoption comme l'un des « *sujets éthiquement sensibles (...) pour lesquels les Etats membres jouissent d'une ample marge d'appréciation* »⁵⁸.

24. De plus, il existe parmi les États membres du Conseil de l'Europe un véritable consensus sur le fait de considérer la femme qui accouche comme la mère légale, le statut marital de cette dernière important peu, ce qui se fonde sur l'adage de droit romain *mater semper certa est*⁵⁹.

⁵² Comité européen de coopération juridique, « Rapport sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation – 'Le Livre blanc' », mai 2004, CJ-FA (2006) 4 f, p. 7, § 14.

⁵³ Voir en particulier : CEDH, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demandé par la Cour de cassation française [GC]*, demande n° P16- 2018-001, 10 avril 2019, § 53.

⁵⁴ *Fretté c. France*, n° 36515/97, 26 février 2002, § 32 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie [GC]*, n° 25358/12, 24 janvier 2017, § 141, 215.

⁵⁵ Voir *Paradiso et Campanelli c. Italie [GC]*, n° 25358/12, 24 janvier 2017, § 177 (« la Cour juge légitime au regard de l'article 8 § 2 la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'État pour reconnaître un lien de filiation – et ce uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière – dans le but de préserver les enfants ») et § 197 (« eu égard à la prérogative de l'État d'établir la filiation par l'adoption »). Voir aussi *Chavdarov c. Bulgarie*, n° 3465/03, 21 décembre 2010, § 55 (« La Cour observe que le pouvoir de discrétion des autorités internes de légiférer dans le domaine de la filiation et des relations nouées entre les parents et leurs enfants a été utilisé pour assurer la protection des intérêts des enfants »).

⁵⁶ *Chavdarov c. Bulgarie*, n° 3465/03, 21 décembre 2010, § 56.

⁵⁷ Voir *Dickson c. Royaume-Uni [GC]*, n° 44362/04, 4 décembre 2007, § 78 ; *S.H. et autres c. Autriche [GC]*, précité, § 94 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie [GC]*, précité, § 182.

⁵⁸ *Paradiso et Campanelli c. Italie [GC]*, précité, § 194.

⁵⁹ Nigel Lowe, « A study into the rights and legal status of children being brought up in various forms of marital or nonmarital partnerships and cohabitation », 2008, CJ-FA (2008) 5, p. 28.

Au contraire, l'Autriche fait partie des seulement 18 États membres du Conseil de l'Europe (sur 47) qui autorisent l'adoption par le second parent dans un couple homosexuel (« Second-parent adoption »)⁶⁰. Vu cela, la prudence devrait s'imposer car « *Il y a des domaines dans lesquels le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre adultes et les enfants, la notion de mariage* »⁶¹. Or il est probable qu'une décision qui condamnerait l'Autriche dans cette affaire ne serait pas acceptée par bon nombre d'États qui pourraient réagir par des initiatives similaires à celles visibles dans le mouvement de constitutionnalisation de la définition du mariage en tant qu'union d'un homme et d'une femme actuellement à l'œuvre dans les pays d'Europe centrale et de l'Est. Rappelons qu'au début du mois d'avril 2019, l'Italie a rétabli sur les formulaires officiels les mentions « père » et « mère » à la place des mentions « parent 1 » et « parent 2 » qui avaient été introduites en 2015.

Finalement, le juste équilibre que l'État doit ménager en l'espèce entre des intérêts privés (ceux des deux adultes, ceux de l'enfant) et publics (intérêt général) concurrents contribue également à amplifier la marge d'appréciation dont il bénéficie.

Une position équilibrée eu égard à l'extrême faiblesse de la prétendue ingérence

25. À supposer qu'il y ait ingérence dans les droits des requérantes, celle-ci est proportionnée car l'Autriche a ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en cause. Au titre de la protection des droits et libertés d'autrui, elle a en effet tenu compte de l'intérêt de l'enfant (cf. I) qui, comme il a été dit, ne coïncide pas en l'espèce avec celui des requérantes adultes : est visée non seulement la protection de l'intérêt de l'enfant dont il est question dans cette affaire et premier concerné en ce qui touche à son propre état civil, mais aussi l'intérêt de tous les enfants futurs, la Cour ayant admis la pertinence de mesures visant le « *but légitime de la protection de l'enfant – pas seulement de celui dont il est question en l'espèce mais des enfants en général – eu égard à la prérogative de l'Etat d'établir la filiation par l'adoption et par l'interdiction de certaines techniques de procréation médicalement assistée* »⁶². En deuxième lieu, au titre de la défense de l'ordre, l'Autriche a tenu compte de l'intérêt général résidant dans l'intégrité des registres et documents d'état civil (cf. II.A). Quant aux intérêts des adultes requérantes, celles-ci n'ont en aucun cas été méconnus car la troisième requérante a obtenu ce qu'elle souhaitait, à savoir l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant de sa partenaire grâce à l'adoption ; elle figure aussi dans l'acte de naissance de l'enfant en tant que « parent » et les trois requérantes ne sont pas empêchées de vivre ensemble. Elles n'expliquent d'ailleurs pas en quoi la possibilité de déduire de l'acte de naissance de l'enfant son adoption par la troisième requérante, c'est-à-dire la stricte vérité, les affecte : le préjudice est purement hypothétique.

26. Par ailleurs, s'il est humiliant pour la 3^e requérante d'être identifiée (en de rares circonstances) comme parent adoptif, combien peut-il l'être plus encore pour l'enfant qui ne peut jamais cacher le fait d'être un enfant adoptif, dès lors que ses deux parents sont de même sexe ? Cet enfant aura bien plus à souffrir de cette situation.

27. En outre, vu la confidentialité dont la législation autrichienne entoure ce type d'acte, si le fait en cause devait constituer une ingérence dans le droit à la vie privée et familiale des

⁶⁰ ILGA, *10th Rainbow Index*, May 2019.

⁶¹ *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, 15 mars 2012, opinion concordante du juge Costa à laquelle se rallie le juge Spielmann.

⁶² *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017, § 197. Pour comparaison en matière scientifique, le préambule de la Convention d'Oviedo affirme que « *les progrès de la biologie et de la médecine doivent être utilisés pour le bénéfice des générations présentes et futures* ».

requérantes, sa portée serait tout à fait minime car la mention comme « père/parent » plutôt que comme *mère* ou *parent 1 ou 2* n'a aucune incidence pratique dans la vie quotidienne des requérantes. La 3^e requérante jouit de l'ensemble des droits parentaux, au même titre que la mère biologique de l'enfant.

En effet, alors que « *La question de la conformité des mesures de publicité des registres avec le respect de la vie privée est une préoccupation constante de la Commission internationale de l'état civil qui, dans sa recommandation n° 4, relative à la publicité des registres et des actes de l'état civil (adopté le 5 sept. 1984), a rappelé que les règles de publicité des actes ne doivent pas porter atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* »⁶³, la CIEC a mis en évidence l'existence de deux systèmes selon les États : « *pour les uns tels que les Pays-Bas et en général les pays de droit napoléonien, la publicité est la règle - des restrictions à cette publicité ne sont intervenues qu'ultérieurement et toujours à titre d'exceptions - pour les autres, tels que l'Autriche, la publicité n'existe pas et les cas où il est possible de prendre connaissance d'un acte de l'état civil sont limitativement prévus* »⁶⁴. En effet, le droit autrichien prévoit (art. 54 § 2 PstG) qu'un extrait de l'acte de naissance puisse être délivré dans lequel il n'est fait mention que des données concernant l'enfant (le nom, le sexe, l'heure et le lieu de naissance) ; seules les personnes concernées par les informations mentionnées sur l'acte de naissance peuvent prétendre y avoir accès, ainsi que toute personne y ayant un intérêt juridique (art. 52 PstG) ; dans le cas d'une adoption anonyme, il peut être prévu par les parents adoptifs que l'accès à l'extrait complet des actes d'états civils concernant l'enfant, prévu à l'article 52 §1, soit limité jusqu'à ce que celui-ci ait atteint l'âge de 14 ans révolus (art. 52 § 2). Cela paraît donc conforme aux recommandations de la CIEC.

Conclusion

28. Les objectifs et fonctions de l'adoption et de l'état civil légitiment le refus de l'Autriche de supprimer la mention « Père / Parent » de l'acte de naissance de l'enfant adoptée. Le maintien d'une telle référence au caractère sexué de l'engendrement humain et de la filiation vise l'intérêt supérieur des enfants et d'autres objectifs sociaux légitimes, sans pour autant porter atteinte à la vie familiale des partenaires de même sexe et de l'enfant.

29. Donner raison aux requérantes conduirait à considérer que la volonté individuelle des adultes est toute puissante non seulement pour redéfinir la filiation, mais aussi pour réécrire un événement historique, la naissance d'un enfant. La Cour doit rappeler que le droit de la filiation et l'état civil puisent leurs racines dans la réalité objective selon laquelle toute personne naît, en un lieu et à un moment précis, d'un homme et d'une femme.

Plus globalement, les droits de l'homme n'ont pas vocation à assouvir les désirs individuels et à les faire prévaloir sur les intérêts de la société et des tiers, voire même sur la réalité sexuée de la nature humaine. Ni le droit, ni la société ne sont responsables du fait que ces deux femmes ne peuvent pas être toutes deux mères de l'enfant. C'est la nature qui est hétérosexuelle. Pour donner raison aux requérantes, il faudrait supprimer toute référence aux mères et aux pères, c'est-à-dire au caractère sexué de la filiation, et finalement des personnes.

30. Les droits de l'homme ont pour fonction de préserver notre humanité, contre toutes les démesures. Fondés après-guerre pour contrer la démesure idéologique des systèmes totalitaires, ils doivent aujourd'hui faire face à la démesure des désirs individuels décuplés par les

⁶³ Irène Théry, Anne Marie Leroyer, *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014.

⁶⁴ Recommandation (n° 4) relative à la publicité des registres et actes de l'état civil adoptée à Rome le 5 septembre 1984, Rapport explicatif.

nouvelles technologies. Les droits de l'homme, plutôt que de nourrir cette démesure « transhumaine », devraient nous en préserver.

31. Considérée du point de vue de l'intérêt de l'enfant, cette requête devrait être rejetée, soit comme manifestement infondée, soit comme constituant un abus de droit (art.17) en ce qu'elle vise à porter une atteinte grave aux droits et intérêts de l'enfant.