



Chapitre d'actes

2012

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Familles et Convention européenne des droits de l'homme : incidences en  
droit de la filiation

---

Papaux van Delden, Marie-Laure

**How to cite**

PAPAUX VAN DELDEN, Marie-Laure. Familles et Convention européenne des droits de l'homme : incidences en droit de la filiation. In: Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011. Baddeley, Margareta, Foëx, Bénédicte, Leuba, Audrey et Papaux van Delden, Marie-Laure (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2012. p. 1–55. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23563>

# Familles et Convention européenne des droits de l'homme : Incidences en droit de la filiation

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN

## I. Introduction

Familles - la forme plurielle devant être soulignée - et Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH<sup>1</sup>), ce thème est à la fois effrayant et passionnant. Effrayant, étant donné qu'il tisse des liens entre droit international et droit interne, droit public et droit privé, tout en impliquant des considérations tirées de la philosophie du droit, sans occulter un aspect de sociologie juridique et politique. Sujet passionnant parce qu'il pose le problème des interrelations entre d'une part les droits fondamentaux, élément transcendant et fédérateur des sociétés modernes, et d'autre part le droit de la famille, droit du statut et pilier culturel de chaque société. S'ajoute ainsi la contradiction fondamentale entre le caractère universel, inné des droits de la personne, fondés sur le droit naturel, et la relativité des droits et cultures familiales, la famille étant un concept de droit par essence artificiel.

Les thèmes ne sont en conséquence pas dociles à traiter, chacun étant conflictuel en soi, qu'il s'agisse de la famille, en pleine mutation, confusion aux yeux des plus pessimistes, le pluriel retenu étant le témoin de la pluralité des formes de familles qui distinguent nos sociétés contemporaines, ou des droits fondamentaux, dont l'invocation permanente peut être porteuse d'ambivalence. Le constat que nous avons fait en 2006 se confirme : « alors que le droit international des droits de l'homme garantit un standard de protection minimum, qui devrait théoriquement faire l'unanimité, il est au contraire en droit de la famille difficile de déterminer avec certitude les conditions nécessaires au respect des droits fondamentaux »<sup>2</sup>.

Au jour de la ratification de la CEDH, les Etats pensaient certainement avoir parachevé ses exigences depuis un nombre confortable d'années, alors

---

<sup>1</sup> RS 0.101. La CEDH a été conclue le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 ; elle a été amendée par le Protocole n° 11 du 11 mai 1994 portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention (RS 0.101.09).

<sup>2</sup> PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 378 s, l'article dans son ensemble analysant les interrelations entre droits de la personne et droit de la famille. Sur ce *Grundrechtlicher Mindeststandard* et les tensions y relatives : PFIFFNER/BOLLINGER, N 7 s.

que la jurisprudence de ses organes a su créer la surprise. Notre examen du droit international des droits de l'homme se focalisera au demeurant sur la CEDH qui reste l'instrument le plus emblématique du point de vue de la conception de la famille, de ses fondements, et de son organisation. Le sujet exigera également un regard porté sur la Convention sur les droits de l'enfant (ci-après : CDE<sup>3</sup>).

Enfin, la confrontation de nos thèmes doit se faire sous un angle de droit comparé, une nécessaire harmonisation des droits nationaux s'effectuant par le biais de l'œuvre des droits fondamentaux, qui se trouvent au centre des préoccupations contemporaines sur l'évolution des droits de la famille.

Dans un premier temps, notre attention sera retenue par les rapports entre le droit interne et la CEDH, afin de circonscrire les obligations de nos autorités judiciaires et législatives (chap. II). A cet effet, le principe de la primauté du droit international sera mis en exergue (let. A), avant d'analyser l'influence des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH) en Suisse (let. B).

Dans un deuxième temps, il s'agira de cerner le droit au respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH (chap. III). Les différents types de liens familiaux protégés par cette disposition (let. A) et l'influence des modes d'interprétation de la Convention sur la définition de la vie familiale seront développés (let. B). L'analyse des liens familiaux sera divisée de la manière suivante : le lien de parenté juridique (ch. 1), le lien de parenté biologique (ch. 2), l'absence de lien de parenté (ch. 3) et enfin le simple désir de fonder une famille (ch. 4). Quant aux modes d'interprétation, l'examen de la CEDH en tant qu'instrument vivant (ch. 1) précédera celui des obligations positives en découlant (ch. 2). Partant d'une approche abstraite sur la place des droits fondamentaux au sein de la famille, l'analyse s'orientera alors vers une démarche concrète, afin de mettre en exergue certaines dispositions et/ou interprétations du droit suisse de la famille qui posent à notre sens un problème de compatibilité avec la CEDH.

En troisième lieu, des aspects choisis du droit de la filiation seront en conséquence passés sous la loupe des exigences posées par la CEDH (chap. IV). L'exposé débutera par l'établissement et la contestation de la filiation, tout d'abord hors adoption (let. A), subdivisé par la cessation de la présomption de paternité (ch. 1), les délais pour établir et contester la filiation, et enfin la qualité pour agir en constatation et en contestation de la paternité (ch. 3). Puis sera traité l'établissement du lien de filiation par le biais de l'adoption (let. B), tout d'abord en se posant la question du droit conventionnel d'adopter (ch. 1), suivie par l'adoption par un couple non marié (ch. 2) et enfin l'interdiction de

---

<sup>3</sup> RS 0.107. La CDE date du 20 novembre 1989 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997.

l'adoption pour les partenaires enregistrés (ch. 3). Ensuite sera analysé l'établissement du lien de filiation par le biais de la procréation médicalement assistée (let. C). Une place sera alors réservée aux pères biologiques (let. D), leur droit à être informé (ch. 1), les obstacles à l'établissement de leur paternité juridique (ch. 2), leur droit de visite (ch. 3). Enfin, nous traiterons de certains effets de la filiation, à savoir l'autorité parentale et le droit aux relations personnelles (let. E), l'examen de l'autorité parentale (ch. 1) précédera celui du droit aux relations personnelles et son exécution (ch. 2), divisé en l'analyse des principes régissant ce droit (let. a) et en son exécution (let. b), avant de conclure (chap. V).

## II. Les rapports entre le droit interne et la CEDH

### A) *La primauté du droit international*

La protection issue du droit international des droits de l'homme, en particulier de la CEDH, est d'autant plus importante que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer le droit fédéral en vertu de l'art. 190 de la Constitution fédérale (ci-après : Cst.)<sup>4</sup> La conformité des lois fédérales à la Constitution fédérale n'est ainsi en principe pas revue lors de leur application<sup>5</sup>. Les autorités peuvent en conséquence être tenues d'appliquer des normes de droit fédéral anticonstitutionnelles. Forte du soutien du Conseil fédéral<sup>6</sup>, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a présenté un projet au Parlement levant l'immunité des lois fédérales par la suppression de l'art. 190 Cst. ; le Conseil des Etats a toutefois refusé, en date du 5 juin 2012, d'entrer en matière sur ce projet.

Au contraire, *de lege lata* déjà, les autorités judiciaires et administratives doivent contrôler la conformité du droit fédéral à la CEDH, le principe de la primauté du droit international, lequel comprend en particulier les règles internationales tendant à la protection des droits de l'homme<sup>7</sup>, étant ancré à l'art. 5 al. 4 Cst. Le Tribunal fédéral n'hésite d'ailleurs plus à contrôler la conventionalité des lois fédérales, tout en faisant preuve d'une retenue

<sup>4</sup> RS 101. La Constitution fédérale date du 18 avril 1999 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

<sup>5</sup> Par ex. : TF 5A\_785/2009, 2.2.2010, c. 5.4 et réf. ; ATF 133 II 305, c. 5.2 et réf. Mais contrôle à tout le moins *de facto* de l'art. 98 al. 4 CC à la lumière de l'art. 14 Cst. *in* TF 2C\_349/2011, 23.11.2011.

<sup>6</sup> Avis du Conseil fédéral du 30 septembre 2011, FF 2011 6995, <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2011/6995.pdf> consulté le 9.4.2012.

<sup>7</sup> ATF 136 III 168, c. 3.3.2, JdT 2010 I 335 ; ATF 125 II 417, c. 4d. CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 2010, p. 2112 ss ; HANGARTNER, BV-Kommentar, N 44 *ad* art. 5 ; MEIER/CARANDO, N 41 *in fine*.

certaine, contrôle en conséquence parfois imparfait<sup>8</sup>. La jurisprudence n'est certes pas exempte d'ambiguïté sur la question de savoir si une loi postérieure à un traité international pourrait exceptionnellement l'emporter dans l'hypothèse où le législateur, en pleine connaissance de cause, aurait décidé d'édicter une règle interne contraire au droit international<sup>9</sup>. Une telle pratique ne saurait à notre sens avoir gain de cause à Strasbourg<sup>10</sup>. Certains arrêts font d'ailleurs à juste titre clairement primer les traités relatifs aux droits de l'homme, en particulier la CEDH, sur toute norme de droit interne, indépendamment de son caractère antérieur ou postérieur<sup>11</sup>. L'ensemble des dispositions de la CEDH sont au demeurant *self-executing* et peuvent en conséquence être invoquées directement par les particuliers devant les autorités nationales.

Une norme du droit interne qui s'avère non conforme au droit international ne doit en conclusion pas être appliquée ou doit être interprétée contre sa lettre claire afin d'être en harmonie avec les conventions internationales, en particulier la CEDH<sup>12</sup>. Un tel contrôle dit de « conventionalité » s'impose en particulier à l'ensemble des autorités judiciaires et administratives et doit en conséquence les amener à refuser l'application d'une disposition du droit interne contraire au droit international<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Par ex. : ATF 129 III 656, SJ 2004 I 108, JdT 2004 I 264, *cf.* HOTTELLIER, Jusletter 2008, N 17 ; ATF 128 III 113, c. 3-5, JdT 2002 I 443. PAPAUX VAN DELDEN, Implications, p. 324, note 19.

<sup>9</sup> Jurisprudence Schubert : ATF 99 Ib 39, c. 4. Le maintien de cette jurisprudence est laissé ouvert *in* ATF 118 Ib 277, c. 3b *in fine* et plus récemment encore *in* ATF 136 III 168, c. 3.3.4 *in fine*. AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1882-1884 ; BAUMANN, p. 1009 ss ; HANGARTNER, BV-Kommentar, N 32 *ad art.* 190 ; PEIFFNER/BOLLINGER, N 36.

<sup>10</sup> Voir d'ailleurs l'ACEDH Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9 novembre 2010, par. 50 *in fine* où la CourEDH suite au retranchement du Tribunal fédéral derrière la Constitution précise : « [C]eci ne change toutefois en rien la responsabilité internationale de la Suisse au titre de la Convention ».

<sup>11</sup> Par ex. : ATF 131 V 66, c. 3.2 ; ATF 125 II 417, c. 4d ; ATF 122 II 487, c. 3a ; ATF 119 V 178, c. 4b. AEMISEGGER, N 7 et 99 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1882-1884 ; HANGARTNER, BV-Kommentar, N 32 *ad art.* 190.

<sup>12</sup> Il est par ex. soutenu en doctrine que les art. 98 al. 4 et 99 al. 4 CC sont voués à rester lettre morte *cf.* MEIER/CARANDO, N 48 - voire néanmoins pour une tentative d'interprétation conforme à la Constitution et à la CEDH : ATF 138 I 41 et ATF 137 I 351 - alors que les art. 133 al. 3 et 298a CC doivent être interprétés contre leur lettre claire, *cf.* MEIER, Zaunegger, p. 251 et réf. note 3 et p. 256, voir néanmoins TF 5A\_497/2011, 5.12.2011, c. 2.5 et TF 5A\_420/2010, 11.8.2011, c. 3.2, *cf. infra* chap. IV, let. E, ch. 1.

<sup>13</sup> AEMISEGGER, N 1 et 7 ; AUBERT/MAHON, N 20 *ad art.* 5, N 9 *ad art.* 190 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1290 ss ; HOTTELLIER, Jusletter 2008, N 16.

## B) *L'influence des arrêts de la CourEDH en droit suisse*

Une fois définitifs, les arrêts de la CourEDH sont dotés de l'autorité de la chose jugée (art. 46 CEDH) ; ce caractère contraignant a pu être qualifié de révolutionnaire en droit international<sup>14</sup>. En cas de condamnation de la Suisse, le jugement de Strasbourg ne met pas toujours en soi fin au litige et peut nécessiter une procédure de révision pour remédier aux effets de la violation (art. 122 LTF)<sup>15</sup>.

Récemment, le Tribunal fédéral a montré quelque mauvaise humeur face à la CourEDH, n'excluant pas que celle-ci ait outrepassé ses compétences<sup>16</sup>. Il ne s'est pas pour autant affranchi de la décision rendue, se pliant à la condamnation d'une question qu'il jugeait de l'unique ressort des normes juridiques suisses. Il faut reconnaître que les points de désaccord entre les juges de Mon Repos et leurs homologues de Strasbourg sont nombreux<sup>17</sup>.

Il convient enfin de garder un regard aiguisé également sur les décisions de la CourEDH qui, sans condamner la Suisse non partie au litige, indique que notre législation est contraire à la Convention<sup>18</sup>. Dans un tel cas, la solution développée à Strasbourg s'impose aux autorités suisses d'application du droit à tous les échelons, en raison du principe susmentionné de la primauté du droit international conventionnel. Ce suivi de l'évolution de la jurisprudence européenne est particulièrement important en droit de la famille et plusieurs exemples concrets illustreront notre propos dans le chapitre IV.

Il sied en conclusion de souligner que le système établi par la Convention a la réputation méritée d'être le plus efficace mécanisme de garantie des droits de l'homme connu jusqu'à nos jours.

<sup>14</sup> Sur la mise en œuvre en droit suisse des ACEDH : PFIFFNER/BOLLINGER, N 18 ss.

<sup>15</sup> RS 173.110 ; la Loi sur le Tribunal fédéral date du 17 juin 2005 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007. Par ex. : TF 5F\_6/2008, 18.7.2008, suite à l'ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007 et TF 1F\_1/2007, 30.7.2007 suite à l'ACEDH Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, Recueil 2006-X. HOTTELIER, Jusletter 2008, N 9 ss et réf. ; PFIFFNER/BOLLINGER, N 31 ss.

<sup>16</sup> Ce dans une affaire concernant le remboursement par l'assurance obligatoire des soins d'une opération de changement de sexe : ATF 137 I 86, c. 7.3.3, exécut ant l'ACEDH Schlumpf c. Suisse du 8 janvier 2009 qui admet notamment une violation du droit au respect de la vie privée *in* TF K 110/05, 5.12.2005. Cet ACEDH est aussi critiqué en doctrine, par ex. : HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 229 s ; PFIFFNER/BOLLINGER, N 14.

<sup>17</sup> Selon la fiche « droits de l'homme » [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/5589075F-1EFF-41FE-9B63-2CC6326C9029/0/PCP\\_Switzerland\\_fr.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/5589075F-1EFF-41FE-9B63-2CC6326C9029/0/PCP_Switzerland_fr.pdf) consulté le 9.4.2012 s'agissant de la Suisse : fin 2011, la CourEDH avait rendu 113 arrêts, dont 74 concluant au moins à une violation de la CEDH.

<sup>18</sup> PFIFFNER/BOLLINGER, N 20 et réf. note 50 : dans ce sens, les ACEDH ont un effet *erga omnes*.

### III. L'analyse du droit au respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH

#### A) *Le lien familial protégé*

La protection de la vie familiale nécessite de définir le lien familial, ce qui entraîne la CourEDH à élaborer un véritable droit européen de la famille<sup>19</sup>.

##### 1) *Le lien de parenté juridique*

Plutôt que de reconnaître une supériorité juridique à la famille légitime sur la famille naturelle, la pratique de la CourEDH a consisté, très tôt dans sa jurisprudence, à privilégier le lien familial effectif entre les parents et leurs enfants. L'existence ou l'absence d'une « vie familiale » est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits<sup>20</sup> ; la notion de famille est de surcroît une notion autonome qui s'interprète indépendamment des lois nationales<sup>21</sup>. L'absence de cohabitation ou de liens *de facto* suffisamment étroits n'implique néanmoins pas que toute vie familiale projetée sorte du cadre de l'art. 8 CEDH, la Cour considérant que cette disposition peut aussi s'étendre à la relation potentielle qui aurait pu se développer<sup>22</sup> ; dès l'instant et du seul fait de sa naissance, il existe en effet entre l'enfant et ses parents, même si ces derniers ne cohabitent pas, un lien constitutif d'une « vie familiale »<sup>23</sup>. Dans un sens similaire, la CourEDH a condamné sur le fondement de l'art. 8 CEDH le fait pour les autorités suisses d'avoir procédé, sans en avertir les parents, à l'inhumation de leur enfant mort-né<sup>24</sup>.

Progressivement, la Cour a établi que le mode juridique d'établissement du lien de filiation doit demeurer sans effet sur le statut de l'enfant. L'enfant

---

<sup>19</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 397 ; WITTINGER, p. 84 ss.

<sup>20</sup> ACEDH Todorova c. Italie du 13 janvier 2009, par. 51 ; ACEDH K. et T. c. Finlande du 12 juillet 2001, Recueil 2001-VII, par. 150. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 404 s ; GRABENWARTER/PABEL, p. 235 s, N 16 ss ; LEVINET, Définition, p. 73 ss ; MURAT, p. 170 ss ; MEYER-LADEWIG, p. 207 ss, N 48 ss sur la notion large de vie familiale ; RENCHON, p. 163 craint une « désymbolisation » ; SUDRE, Construction, p. 18 ss ; TIGROUDJA, p. 127.

<sup>21</sup> ACEDH Van der Heijden c. Pays-Bas du 3 avril 2012, par. 51, N 40. HERINGA/ZWAAK, p. 690 s *ad* art. 8 ; SENAËVE, p. 12 ; WILDHABER/BREITENMOSE, p. 17 s, N 21 s.

<sup>22</sup> ACEDH K.A.B. c. Espagne du 10 avril 2012, par. 89 ; ACEDH Todorova c. Italie du 13 janvier 2009, par. 53 ; Décision d'irrecevabilité Nylund c. Finlande du 29 juin 1999, Recueil 1999-VI ; ACEDH Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, série A, n. 138, par. 21. Cf. *infra* chap. III, let. A, ch. 4.

<sup>23</sup> ACEDH Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, série A, n. 299-A, par. 54 ; ACEDH Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, série A, n. 138, par. 21.

<sup>24</sup> ACEDH Hadri-Vionnet c. la Suisse du 14 février 2008, par. 52 ss.

légitime, naturel<sup>25</sup>, adultérin<sup>26</sup>, adoptif<sup>27</sup>, issu d'une méthode de procréation médicalement assistée<sup>28</sup>, n'a pas à subir les choix de ses parents en matière de modèle familial. Le caractère polygamique du mariage ne constitue pas davantage un obstacle à la reconnaissance d'une vie familiale entre l'époux polygame et tous ses enfants<sup>29</sup>.

L'affirmation de plus en plus forte du principe de non-discrimination selon le mode d'établissement du lien familial<sup>30</sup> réside dans « l'intérêt supérieur de l'enfant », la CourEDH se référant souvent à cette notion clé au cœur de la protection de l'enfance, essentielle dans le cadre de la CDE<sup>31</sup>. L'autorité strasbourgeoise se charge ainsi de la mission de faire respecter une partie des droits de l'enfant proclamés par la CDE, suivant la logique contemporaine selon laquelle « l'enfant fait famille »<sup>32</sup>. L'art. 3 CDE oblige en effet les Etats à vérifier que l'intérêt supérieur de l'enfant est examiné prioritairement dans toute décision le concernant. Le juge national doit garder ce paramètre en ligne directrice de sa décision.

## 2) *Le lien de parenté biologique*

La CourEDH n'exige pas que le lien de parenté soit consacré par le droit pour lui accorder protection. Elle a ainsi fait produire des effets aux liens

<sup>25</sup> ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 31.

<sup>26</sup> ACEDH Merger et Cros c. France du 22 décembre 2004 ; ACEDH Mazurek du 1<sup>er</sup> février 2000, Recueil 2000-II ; ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n. 297-C.

<sup>27</sup> ACEDH Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007, par. 121 ; ACEDH Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie du 22 juin 2004, Recueil 2004-IV, par. 140 ; ACEDH Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, Recueil 2004-VIII.

<sup>28</sup> ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, par. 72 ; ACEDH de Grande Chambre Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, Recueil 2007-V, par. 66.

<sup>29</sup> Requête n. 14501/89, Alilouch El Abasse c. Pays-Bas du 6 janvier 1992, DR 72, p. 118. En Suisse, n'est toutefois autorisée la venue que d'une épouse au titre de regroupement familial, ce qui peut poser problème au regard de l'art. 8 CEDH, tant par rapport aux épouses non acceptées que par rapport aux droits des enfants.

<sup>30</sup> ACEDH Genovese c. Malte du 27 juillet 2011, par. 22 ss ; ACEDH Brauer c. Allemagne du 28 mai 2009, par. 25 ss ; ACEDH Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, Recueil 2004-VIII, par. 27 ss ; ACEDH Merger et Cros c. France du 22 décembre 2004, par. 29 ss ; ACEDH Mazurek du 1<sup>er</sup> février 2000, Recueil 2000-II, par. 44 ss ; ACEDH Camp et Bourimi c. Pays-Bas du 3 octobre 2000, Recueil 2000-X, par. 38 ss ; ACEDH Inze c. Autriche du 28 octobre 1987 série A, n. 126, par. 36 ss ; ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 32 ss. GRABENWARTER/PABEL, p. 262, N 56.

<sup>31</sup> ACEDH Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, par. 72 ; ACEDH Pontes c. Portugal du 10 avril 2012, par. 75 et 98 ; ACEDH K.A.B. c. Espagne du 10 avril 2012, par. 100 et 115 ; ACEDH A.M.M. c. Roumanie du 14 février 2012, par. 58 et 64 ; ACEDH Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, par. 66 ss ; ACEDH Söderbäck c. Suède du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VII, par. 30 et 34.

<sup>32</sup> Dans ce sens : DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 392 et 403 s. Voir également : GALLUS, p. 63.

biologiques existant entre un enfant et son père en l'absence de reconnaissance et de vie commune<sup>33</sup>.

La CourEDH n'admet en principe pas qu'une simple parenté biologique, dépourvue de tous éléments juridiques ou factuels indiquant l'existence d'une relation personnelle étroite, doive être considérée comme suffisante pour entraîner la protection de l'art. 8 CEDH<sup>34</sup>. Elle ne se montre toutefois pas très exigeante en ce qui concerne l'effectivité de la vie familiale. Déjà dans l'arrêt Keegan, la CourEDH admet l'existence d'une vie familiale entre un père naturel et son enfant dont les relations se sont limitées à une visite à la maternité ; ce lien est surtout déduit de l'existence d'une vie familiale à un moment donné entre les parents<sup>35</sup>. En 2010, la CourEDH reconnaît l'existence d'une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH entre le père biologique et ses jumeaux, nés après la séparation d'avec la mère et qu'il n'a jamais rencontrés : une vie familiale projetée suffit lorsque le fait qu'elle n'existe pas encore n'est pas imputable au requérant mais au refus de la mère et du père juridique<sup>36</sup>. Et même à considérer que les relations du requérant avec ses enfants, issus d'une relation qui n'est pas fortuite, mais a duré deux ans, ne constituent pas une vie familiale, elles concerneraient une partie importante de son identité, et donc sa vie privée, le père biologique ayant exprimé dès avant leur naissance le désir d'avoir des contacts avec eux<sup>37</sup>.

Enfin, récemment, la CourEDH a estimé que les décisions des juridictions internes refusant d'autoriser un père à avoir des contacts et des nouvelles de l'enfant, qu'il présume être son fils, constitue une ingérence dans ses droits au regard de l'art. 8 CEDH ; s'il n'est pas exclu que les relations que le requérant tente d'établir avec l'enfant relèvent de la « vie familiale », il est certain que le droit au respect de la vie privée est atteint<sup>38</sup>. L'exigence de l'effectivité de la

---

<sup>33</sup> ACEDH Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, par. 79 ss, reconnaissance sans effet vu la paternité juridique du mari de la mère ; ACEDH Lebbink c. Pays-Bas du 1<sup>er</sup> juin 2004, Recueil 2004-IV, par. 35 ss ; ACEDH Görgülü c. Allemagne du 26 février 2004, par. 41 ss. Sur la place du père biologique : cf. *infra* chap. IV, let. D.

<sup>34</sup> ACEDH Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, par. 80 ; ACEDH Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, par. 56 ; ACEDH Lebbink c. Pays-Bas du 1<sup>er</sup> juin 2004, Recueil 2004-IV, par. 37 *in fine*. Voir également : Requête n. 22920/93, M.B. c. Royaume-Uni, DR 77-B, p. 108.

<sup>35</sup> ACEDH Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, série A, n. 290, par. 45. Voir par analogie pour un enfant né après le divorce de ses parents : ACEDH Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, série A, n. 138, par. 21. GOUTTENOIRE, p. 44 ; MURAT, p. 172.

<sup>36</sup> ACEDH Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, par. 57 et 60. Voir également : ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, N 58 ; ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, N 61 ; ACEDH Görgülü c. Allemagne du 26 février 2004, par. 41 ss : le père sollicitait l'exercice de l'autorité parentale et un droit de visite sur un enfant dont il avait ignoré la naissance et avec lequel il n'avait jamais eu de contact, la mère ayant décidé de le faire adopter.

<sup>37</sup> ACEDH Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, par. 58 et réf.

<sup>38</sup> ACEDH Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, par. 90. Dans le même sens encore plus récemment : ACEDH K.A.B. c. Espagne du 10 avril 2012, par. 90 ; ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, N 60 ; ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, N 63. MURAT, p. 174 s,

relation est ici encore plus atténuée ; elle est déduite de la liaison entre la mère et le père potentiel biologique et de l'intérêt que ce dernier a montré pour l'enfant, qu'il avait reconnu avant même la naissance, la présomption de paternité du mari de la mère l'ayant emporté. La force du droit de connaître son ascendance est à notre sens aussi à l'origine de la reconnaissance de la paternité biologique<sup>39</sup>. En droit suisse, l'action *sui generis* en recherche de ses origines, ici de sa descendance, créée par la jurisprudence dans un arrêt révolutionnaire, permettrait au préalable de faire établir la vérité biologique, à laquelle par hypothèse s'oppose le couple marié, sans remettre en cause le lien de paternité juridique<sup>40</sup>. La pesée des intérêts en présence devrait pencher en faveur de la demande, sous réserve de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'incertitude, ce dont nous doutons qu'il puisse être admis.

Selon une approche comparable, la CourEDH a qualifié de vie familiale la relation entre une mère ayant accouché sous X et son enfant dont elle voulait obtenir la restitution, sans sentir au demeurant le besoin de le motiver<sup>41</sup>.

En son temps, la Commission avait tranché qu'un donneur de sperme, dont l'identité et la paternité n'étaient pas contestées, ne pouvait invoquer l'existence d'une vie familiale avec l'enfant en l'absence de rapports personnels avec ce dernier<sup>42</sup>. Cette jurisprudence a, à notre sens, encore cours, dans la mesure où l'accord du donneur porte sur la création d'une vie familiale exclusivement entre l'enfant et le couple bénéficiaire, en l'absence corrélative de tout projet parental entre lui-même et l'enfant<sup>43</sup>.

### 3) *En l'absence d'un lien de parenté*

La relation parent-enfant peut également exister en l'absence de lien de parenté juridique et/ou biologique. La CourEDH a ainsi admis l'existence d'une vie familiale entre un transsexuel, qui se comportait en tous points comme un père, et l'enfant de sa compagne, conçu par insémination artificielle avec donneur<sup>44</sup>. Peu surprenant à notre sens, cet arrêt est jugé comme le plus

---

apercevait déjà en 2002 que le critère biologique pourrait à l'avenir avoir un rôle plus important à jouer.

<sup>39</sup> ACEDH Pascaud c. France du 16 juin 2011 ; ACEDH Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, Recueil 2006-X ; ACEDH Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, Recueil 2002-I. RIGAUD, p. 105 note que le droit de connaître ses origines a connu les bouleversements les plus radicaux.

<sup>40</sup> ATF 134 III 241. MEIER, Résumé juillet à octobre 2011, p. 472.

<sup>41</sup> ACEDH Kearns c. France du 10 janvier 2008, par. 72. Voir également : ACEDH Todorova c. Italie du 13 janvier 2009, par. 51 ss dûment motivé ici. Sur la disparité apparente de la jurisprudence : MURAT, p. 173 s.

<sup>42</sup> Requête n. 16944/90, J. M. R. c. Pays-Bas, DR 74, p. 120. SENAËVE, p. 13.

<sup>43</sup> Sur l'importance du consentement au projet parental, voir l'ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I.

<sup>44</sup> ACEDH X, Y et Z c. Royaume-Uni du 20 mars 1997, Recueil 1997-II.

révélateur de l'extension de la notion de vie familiale concernant les relations parent-enfant<sup>45</sup>.

Dans l'analyse des liens *de facto*, la détermination de leur caractère familial doit tenir compte en particulier du temps vécu ensemble, de la qualité des relations ainsi que du rôle assumé par l'adulte envers l'enfant<sup>46</sup>. L'effectivité de la relation est ainsi déterminante, les juges de Strasbourg se montrant souvent moins exigeant à cet effet que les autorités nationales<sup>47</sup>.

A ces conditions, le défaut de parenté ne prétérite pas la position des parents nourriciers, dont le droit à la vie familiale peut être opposé au droit à la vie familiale des parents biologiques et juridiques<sup>48</sup>. La diversité du fondement de la relation parent-enfant peut ainsi aboutir à une concurrence entre deux vies familiales ; dans la recherche de l'équilibre à trouver entre ces différents intérêts difficilement conciliables, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale<sup>49</sup>.

#### 4) *Le désir de fonder une famille*

La CourEDH a plusieurs fois affirmé que le simple désir de fonder une famille n'est pas protégé par le biais de l'art. 8 CEDH, lequel présuppose l'existence d'une famille<sup>50</sup>. Toute vie familiale projetée ne sort néanmoins pas du cadre de l'art. 8 CEDH, cette disposition pouvant aussi s'étendre à la relation potentielle

---

<sup>45</sup> GOUTTENOIRE, p. 43. Voir également : KARPENSTEIN/MAYER, p. 228, N 44 ; LEVINET, Couple, p. 143 ss, N 27 ss ; MURAT, p. 168, note que depuis cet arrêt, l'accent est mis sur l'apparence comme critère privilégié de la filiation paternelle.

<sup>46</sup> ACEDH Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, par. 48 ; Décision d'irrecevabilité Giusto et autres c. Italie du 15 mai 2007, Recueil 2007-VII : absence de vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH.

<sup>47</sup> GOUTTENOIRE, p. 42. *In* TF 5A\_822/2010, 13.5.2011, c. 3.3, le Tribunal Fédéral se montre aussi trop restrictif à notre sens dans son interprétation d'une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, *cf. infra* chap. IV, let. D, ch. 2.

<sup>48</sup> ACEDH Saleck Bardi c. Espagne du 24 mai 2011 ; ACEDH Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010 ; ACEDH Söderbäck c. Suède du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VII. TF 5A\_762/2010, 7.3.2011 : refus de restituer le droit de garde à la mère, dont la capacité éducative est mise en doute par les experts, le lien étroit créé durant les 6 ans de placement auprès de la famille d'accueil l'emportant à l'aune du bien de l'enfant.

<sup>49</sup> ACEDH Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, par. 67. Dans l'ACEDH Söderbäck c. Suède du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VII, prime, sur le lien de filiation entre l'enfant et son père biologique, l'effectivité des liens unissant depuis l'âge de 8 mois cet enfant à son père adoptif, marié avec la mère. Adoption contre la volonté des parents naturels conforme à l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Aune c. Norvège du 28 octobre 2010, violation en revanche des droits du père juridique *in* ACEDH Görgülü c. Allemagne du 26 février 2004.

<sup>50</sup> ACEDH Fretté c. France du 26 février 2002, Recueil 2002-I, par. 32 ; ACEDH Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A, n. 94, par. 62 ; ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 31.

qui aurait pu se développer, notamment entre un père naturel et un enfant né hors mariage<sup>51</sup>.

Plus récemment, les juges de Strasbourg ont reconnu l'existence d'une vie familiale en l'absence d'effectivité de la relation lorsque le parent a clairement manifesté sa volonté d'établir des liens avec son enfant ; un jugement d'adoption a suffi à caractériser la vie familiale, malgré l'absence de relations entre l'enfant et ses parents adoptifs, dès lors que les adoptants avaient été empêchés d'établir des liens avec leur fille adoptive<sup>52</sup>. L'un des derniers arrêts de l'instance alsacienne en matière d'adoption laisse d'ailleurs ouverte la question d'un droit d'adopter contenu à l'art. 8 CEDH pris isolément<sup>53</sup>. Une reconnaissance du droit de devenir parent génétique peut enfin être lue dans l'arrêt Dickson sur l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée<sup>54</sup>.

La jurisprudence sur le caractère effectif de la relation familiale a en conclusion évolué pour admettre que le désir de fonder une famille est déjà protégé au titre de la vie privée et familiale en dehors de tout lien familial effectif.

## **B) Les modes d'interprétation de la Convention**

### **1) Un instrument vivant**

C'est en particulier s'agissant de la notion de vie familiale, que la CourEDH dès 1979, soit déjà dans son arrêt Marckx, dont la valeur fondatrice est à souligner, n'en fige pas la définition, lui donnant la souplesse nécessaire pour qu'elle puisse s'adapter aux conditions de vie d'aujourd'hui<sup>55</sup>. La CourEDH insiste pour que le texte de 1950 soit un instrument vivant<sup>56</sup>. Par cette

<sup>51</sup> Cf. *supra* réf. note 22 et chap. III, let. A, ch. 1. De même s'agissant de la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie : ACEDH Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A, n. 94, par. 62.

<sup>52</sup> ACEDH Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie du 22 juin 2004, Recueil 2004-IV, par. 141.

<sup>53</sup> ACEDH de Grande Chambre E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 43 et 46. Voir également : ACEDH Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, par. 72 et décision sur la recevabilité Gas et Dubois (note 152) du 31 août 2010. PAPAUX VAN DELDEN, Implications, p. 333 s. Pour plus de détails, cf. *infra* chap. IV, let. B, ch. 1.

<sup>54</sup> ACEDH de Grande Chambre Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, Recueil 2007-V, par. 66 et réf., qui s'inscrit dans le prolongement de l'ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I. Dans ce sens également : GOUTTENOIRE, p. 41.

<sup>55</sup> ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 41. BERGER, p. 441 ss, réf. bibliographiques p. 445 s, arrêt qui a fait couler beaucoup d'encre.

<sup>56</sup> ACEDH de Grande Chambre Vo c. France du 8 juillet 2004, par. 82 ; ACEDH Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, Recueil 2004-VIII, par. 62 ; ACEDH Inze c. Autriche du 28 octobre 1987 série A, n. 126, par. 41 ; ACEDH Tyrer du 25 avril 1978, série A, n. 26, par. 31. MATSCHER, p. 440 ; TIGROUDJA, p. 129.

approche dynamique, elle s'est ainsi livrée à une véritable « construction »<sup>57</sup> au fil des ans s'agissant de l'interprétation du texte de l'art. 8 CEDH, qui au fond n'est guère loquace. Pour certains, dont nous faisons partie<sup>58</sup>, il s'agit d'être admiratif à l'égard de cette œuvre créatrice exceptionnelle, l'exigence d'une interprétation constructive permettant non seulement de protéger les droits garantis mais aussi de les promouvoir. « A la question 'Bazar ou Cathédrale?', il nous paraît évident que la réponse ne peut être que 'Cathédrale' »<sup>59</sup>. Le rôle de l'interprétation évolutive de l'art. 8 CEDH est en particulier déterminant pour la protection des droits de l'enfant<sup>60</sup>. Pour d'autres en revanche, le caractère démocratique de la jurisprudence dite « évolutive » laisse songeur, la CourEDH étant dénoncée comme s'arrogeant un pouvoir politique et quasi législatif<sup>61</sup>.

Les juges de Strasbourg ne procèdent en principe à des interprétations dynamiques que lorsqu'ils font préalablement le constat d'un certain consensus qui émerge dans la plupart des Etats signataires de la Convention<sup>62</sup>. A défaut, ils préfèrent laisser à chacun des Etats leur marge d'appréciation<sup>63</sup>. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est certes de façon générale restreinte<sup>64</sup>. Il y a néanmoins des exceptions à ce raisonnement et

<sup>57</sup> Selon la terminologie consacrée par SUDRE, *Construction*, p. 11 ss. La notion de vie familiale est emblématique de l'approche dynamique, cf. PFIFFNER/BOLLINGER, N 4 *in fine*, N 10. Voir également : LEVINET, *Définition*, p. 61 ss, *Couple*, p. 113 ; WILDHABER/BREITENMOSER, p. 16 ss, N 17 ss ; WITTINGER, p. 92 ss.

<sup>58</sup> Dans le même sens : BESSON, p. 44, conclut au bilan positif du rôle joué par la CEDH en droit privé ; HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 178, se réfère à la jurisprudence « remarquable » relative à l'art. 8 CEDH.

<sup>59</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 406.

<sup>60</sup> KILKELLY, p. 13 ss, 17 ; SPRECHER, p. 303 relevant que la notion large de famille est source de protection pour des enfants vivant dans des milieux non conformistes.

<sup>61</sup> RENCHON, p. 160 ss. Pour une approche aussi critique : MEIER, *Résumé mars à juin 2010*, p. 293, dénonçant l'ACEDH S.H. et autres c. Autriche du 1<sup>er</sup> avril 2010 comme une étape de plus dans la dérive dirigiste de la CourEDH ; PFIFFNER/BOLLINGER, N 2, 5 s, 12 et note 30 ; SCHÜRMANN, *Regierung*, p. 122 dénonçant des cas où la CourEDH s'est érigée en 4<sup>e</sup> instance ; SUDRE, *Construction*, p. 53 s, se référant à une potentialité de « déconstruction ». Voir également : CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2010*, p. 2067 ss et les remarques y relatives de HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 179.

<sup>62</sup> ACEDH L. et V. c. Autriche, *Recueil 2003-I*, par. 50 ; ACEDH Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, *Recueil 2002-VI*, par. 85 ; ACEDH Dudgeon c. Royaume-Uni du 22 octobre 1981, série A, n. 45, par. 60 ; ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 31.

<sup>63</sup> ACEDH Stübing c. Allemagne du 12 avril 2012, par. 60 ; ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, N 68 ss et 89 ; ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, N 70 ss et 78 ; ACEDH de Grande Chambre S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, par. 97 et 115 ; ACEDH Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010, par. 56 ; ACEDH Schwizgebel du 10 juin 2010, par. 92 ; ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, *Recueil 2007-I*, par. 77 ss ; ACEDH de Grande Chambre Vo c. France du 8 juillet 2004, par. 82 ; ACEDH Nuutinen c. Finlande du 27 juin 2000, *Recueil 2000-VIII*, par. 127 ; ACEDH Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni du 30 juillet 1998, *Recueil 1998-V*, par. 58 ; ACEDH Rees c. Royaume-Uni du 17 octobre 1986, série A, n. 106, par. 37 ; ACEDH Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, série A, n. 87, par. 41 s.

<sup>64</sup> ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, N 68 ; ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, N 70 ; ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, *Recueil 2007-I*,

nous regrettons en particulier que la CourEDH ait récemment refusé d'inclure dans la garantie offerte par l'art. 8 CEDH le droit à l'avortement en cas de risque pour la santé ou le bien-être de la mère et ce, bien qu'elle avait constaté l'existence d'un consensus européen très net<sup>65</sup>. Les juges de Strasbourg demeurent en conclusion mal à l'aise lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, l'ampleur de la marge d'appréciation laissée alors aux Etats étant souvent source de critiques<sup>66</sup>.

## 2) *Des obligations positives*

Est décisive dans l'approche dynamique de la CourEDH, la déduction d'obligations positives inhérentes au respect de l'art. 8. CEDH<sup>67</sup>. Selon une jurisprudence constante, si cette disposition tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, elle ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale, lesquelles impliquent le cas échéant l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée et familiale jusque dans les relations des individus entre eux. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'art. 8 CEDH ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont de surcroît comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents et l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation<sup>68</sup>.

---

par. 77 ; ACEDH *Pretty* du 29 avril 2002, Recueil 2002-III, par. 71 ; ACEDH *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, Recueil 2002-VI, par. 90.

<sup>65</sup> ACEDH de Grande Chambre *A, B et C c. Irlande* du 16 décembre 2010, par. 235. Egalement critique : MEIER, Résumé novembre 2010 à février 2011, p. 118. Autre exemple : ACEDH *Johnston c. Irlande* du 18 décembre 1986, série A, n. 112.

<sup>66</sup> ACEDH de Grande Chambre *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, sur le choix de donner la vie lorsque la communauté de vie a disparu, soit sur l'étendue des exigences du consentement et de son retrait en matière de PMA, la Cour faisant primer les intérêts de l'homme refusant l'implantation d'embryons à ceux de la femme. Critiques : AZOUX BACRIE, p. 104, qui aurait souhaité une approche allant dans le sens de la vie, alors que la Cour, levier en bien des matières, s'est muée ici en serre-frein ; voir également réf. p. 102 note 18 ; RENCHON, p. 165 s. La marge d'appréciation accordée à l'Etat face à l'accouchement sous X *in* ACEDH de Grande Chambre *Odièvre c. France* du 13 février 2003, Recueil 2003-III, laisse aussi songeur, cf. RIGAUX, p. 108 notant que le crédit de cet ACEDH est mince vu le nombre élevé d'opinions dissidentes.

<sup>67</sup> HERINGA/ZWAAK, p. 739 ss *ad* art. 8 ; SUDRE, *Construction*, p. 37 ss. Voir plus largement sur les obligations positives des Etats au titre de la CEDH : BESSON, p. 19 ss ; SUDRE, *Obligations*, p. 1359 ss. Selon PFIFFNER/BOLLINGER, N 26 *in fine* : « *Positive Leistungszusprachen werten wir als ultra vires Entscheidungen* » ; SENAËVE, p. 16, remarque que le seul but des auteurs de la Convention était la protection contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics.

<sup>68</sup> ACEDH *K.A.B. c. Espagne* du 10 avril 2012, par. 95 ; ACEDH *A.M.M. c. Roumanie* du 14 février 2012, par. 53 ; ACEDH *Assunção Chaves c. Portugal* du 31 janvier 2012, par. 100 ; ACEDH de Grande Chambre *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, par. 87 ; ACEDH de Grande Chambre *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, par. 75 ; ACEDH *Mizzi c. Malte* du 12 janvier 2006, Recueil 2006-I, par. 105 ss ; ACEDH de Grande Chambre *Odièvre c. France* du 13 février 2003, Recueil 2003-III, par. 40.

Lorsque l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance, l'intégration de l'enfant dans sa famille ; divers moyens s'offrent pour ce faire aux Etats, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint l'art. 8 par. 1 CEDH sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du par. 2<sup>69</sup>. A cet égard, le principe énoncé à l'art. 7 CDE rappelle qu'un enfant a, dans la mesure du possible, le droit d'être élevé par ses parents<sup>70</sup>.

Les obligations positives des Etats visent en conclusion tant la consécration juridique du lien de parenté que l'obligation de protéger concrètement la relation parent-enfant. Il convient certes de ne pas se méprendre sur cette intégration qui s'impose là où une densité suffisante a donné sens au lien<sup>71</sup>.

#### **IV. Des aspects choisis du droit civil suisse sous la loupe de la CEDH**

La relation parent(s)-enfant bénéficie de la protection vigilante de la Cour strasbourgeoise, fondée sur le droit au respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, appliqué seul ou en lien avec l'art. 14 CEDH consacrant l'interdiction de la discrimination, en particulier fondée sur la naissance.

##### **A) *L'établissement et la contestation de la filiation hors adoption***

L'obligation juridique de rendre possible, dès la naissance, l'intégration de l'enfant dans sa famille implique en particulier la possibilité d'établir sa filiation<sup>72</sup>. Or, la doctrine soutient que l'action judiciaire en recherche de paternité exige l'établissement préalable de la filiation maternelle ; l'action en faveur d'un enfant trouvé ne peut en conséquence être engagée tant que la mère n'a pas été identifiée<sup>73</sup>. Cette restriction à la possibilité d'établir la filiation paternelle ne nous paraît pas résister à la jurisprudence de Strasbourg. L'intérêt de l'enfant se concilie également mal avec cet obstacle à l'action<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> ACEDH A.M.M. c. Roumanie du 14 février 2012, par. 55 ss ; ACEDH Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, série A, n. 290, par. 44 ; ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n. 297-C, par. 30 ; ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 31.

<sup>70</sup> La CourEDH s'y réfère expressément *in* ACEDH Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, série A, n. 290, par. 50.

<sup>71</sup> MURAT, p. 176, *cf.* également p. 185 s.

<sup>72</sup> Egalement par rapport à un enfant mort-né : ACEDH Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, et ce fondé sur le droit au respect de la vie privée, *cf.* par. 27. MEYER-LADEWIG, p. 209, N 54.

<sup>73</sup> MEIER/STETTLER, p. 70, N 133. SANDOZ, p. 1489, constate qu'en droit suisse, sans mère pas de père.

<sup>74</sup> Egalement d'un avis plus nuancé selon l'intérêt de l'enfant : BIDERBOST, p. 63 s.

Au cœur des questions liées à l'établissement et à la contestation de la filiation paternelle, se trouve le conflit potentiel entre réalités juridique et biologique. Le cas échéant, la CourEDH fait prévaloir la réalité biologique et sociale sur une présomption légale de paternité légitime heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne<sup>75</sup>. En d'autres termes : « la réalité sociale jointe à la véracité biologique doit être tenue pour supérieure au titre légal nu »<sup>76</sup>. Les droits des requérants ayant cherché à faire invalider, sur le fondement de preuves biologiques, leur lien de paternité existant légalement avec un enfant sont également dûment protégés. Selon la CourEDH, une situation dans laquelle une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le « respect » effectif de la vie privée et familiale ; il appartient à l'Etat de ménager un juste équilibre entre l'intérêt général à la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques<sup>77</sup>. La nécessité de protéger les tiers peut néanmoins exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à des analyses médicales, notamment à des tests ADN, en particulier quand il s'agit d'un enfant bénéficiant d'une filiation légitime de longue date<sup>78</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant et le principe de la sécurité juridique prévalent alors sur les intérêts du père juridique qui doute<sup>79</sup>. Il est néanmoins à craindre que des tests privés sans consentement soient tentés d'être obtenus aux fins de faire triompher la preuve biologique.

Il ressort de la jurisprudence européenne une volonté claire de faire coïncider père juridique et géniteur, au risque de se méprendre sur le lien de filiation, lequel est avant tout un concept juridique, qui ne s'est jamais réduit au seul lien biologique<sup>80</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant doit à notre sens pouvoir tendre au maintien du lien juridique de filiation, même si celui-ci ne

---

<sup>75</sup> ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n. 297-C, par. 40. Sur cet arrêt : BERGER, p. 450 ss, réf. bibliographiques p. 452 ; HERINGA/ZWAAK, p. 691 s *ad art.* 8. Voir également : ACEDH T.Ç. et H.Ç. c. Turquie du 26 juillet 2011, par. 72 ; ACEDH Tavli c. Turquie du 9 novembre 2006, par. 35 ; ACEDH Mizzi c. Malte du 12 janvier 2006, Recueil 2006-I, par. 113 ; ACEDH Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, par. 31 ; ACEDH Shofman c. Russie du 24 novembre 2005, par. 44.

<sup>76</sup> MURAT, p. 181.

<sup>77</sup> Juste équilibre non ménagé *in* ACEDH Mizzi c. Malte du 12 janvier 2006, Recueil 2006-I, par. 113 s, ACEDH Tavli c. Turquie du 9 novembre 2006, par. 36 et ACEDH Shofman c. Russie du 24 novembre 2005, par. 45.

<sup>78</sup> ACEDH Iyilik c. Turquie du 6 décembre 2011, par. 33 ; décision d'irrecevabilité I.L.V. c. Roumanie du 24 août 2010, par. 42 ss ; ACEDH Mikulic c. Croatie du 7 février 2002, Recueil 2002-I, par. 64 *in fine*.

<sup>79</sup> Voir également la Décision d'irrecevabilité Nylund c. Finlande du 29 juin 1999, Recueil 1999-VI, dans laquelle il se justifie de donner plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux d'un demandeur cherchant à faire établir un fait biologique. Voir TF 5A\_240/2011, 6.7.2011, pour le refus de restituer pour justes motifs le délai subjectif d'un an (art. 256c ch. 1 et 3 CC) alors que le test ADN prouve que l'enfant n'est pas du père légal.

<sup>80</sup> Cette volonté de la CourEDH est partant excessive selon GUILLOD, CR-CC, N 2 *in fine ad art.* 256c.

valide pas la réalité biologique. Deux arrêts récents de la CourEDH vont toutefois dans cette direction et indiquent une volonté moins intransigeante de cette instance<sup>81</sup>.

Les principes énoncés amènent à s'interroger sur des questions précises relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation hors adoption, étant précisé que la problématique du père biologique est traitée sous la lettre D du présent chapitre.

### 1) *La cessation de la présomption de paternité*

Heurtant le principe de la non-rétroactivité des effets de l'annulation du mariage, l'art. 109 al. 3 CC, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, prévoit que la présomption de paternité du mari cesse lorsque le mariage est annulé du fait qu'il était fictif<sup>82</sup>. L'action en annulation du mariage fondée sur l'art. 105 ch. 4 CC n'est soumise à aucun délai et peut être introduite même une fois le mariage déjà dissous par une autre cause<sup>83</sup> ; elle crée en pratique une extension extraordinaire et sans limite des conditions de l'action en désaveu de paternité, étant donné qu'elle accorde la qualité pour agir à tout intéressé, contrairement à l'art. 256 al. 1 CC, et permet d'obtenir la dissolution du lien de filiation sans limite dans le temps, en porte-à-faux avec l'art. 256c CC<sup>84</sup>. L'application de l'art. 109 al. 3 CC est de surcroît un effet automatique du jugement en annulation du mariage de complaisance et ne laisse aucune chance à l'enfant de défendre sa filiation. Cette suppression d'office du lien de paternité, sans le moindre égard à la réalité biologique du lien, est partant insoutenable à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant, victime direct du comportement de ses parents, alors que la CourEDH a établi que le mode juridique d'établissement du lien de filiation doit être sans effet sur le statut de l'enfant. Cette disposition est à notre sens manifestement contraire aux art. 8 et 14 CEDH et à la CDE<sup>85</sup>.

L'importance de la protection de l'enfant en ce domaine prend tout son sens en matière de regroupement familial. Lorsque le litige porte sur l'octroi ou la prolongation de l'autorisation de séjour d'un parent étranger détenant

---

<sup>81</sup> ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012 et ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, dans lesquels le refus des juridictions allemandes d'autoriser deux pères biologiques présumés à contester la paternité d'un autre homme est jugé légitime à l'unanimité. Voir également : ACEDH Iyilik c. Turquie du 6 décembre 2011, dans lequel le refus de l'enfant de se soumettre à un test ADN est respecté en présence d'une filiation de longue date et avec les conséquences patrimoniales que l'action en désaveu pourrait entraîner.

<sup>82</sup> FANKHAUSER/WÜSCHER,, p. 766 ; MEIER/STETTLER, p. 33, N 57.

<sup>83</sup> MEIER/STETTLER, p. 46, note 149 *in fine*.

<sup>84</sup> A MARCA, N 30 *ad art.* 109.

<sup>85</sup> Pour une critique approfondie : FANKHAUSER/WÜSCHER, p. 763 ss ; FISCHER, p. 12 ; PAPAUX VAN DELDEN, Jusletter 2007. Voir également : MEIER/STETTLER, p. 33, note 92, qualifiant cette disposition de « malheureuse ».

l'autorité parentale sur son enfant de nationalité suisse, des indices d'abus liés à un mariage fictif ou à une reconnaissance de complaisance ne l'emportent en règle générale pas sur l'intérêt privé de l'enfant à pouvoir demeurer dans son pays ; il faut dans ce cas qu'existent d'autres motifs, tenant en particulier à l'ordre et à la sécurité publics, pour que les graves conséquences qu'un départ de Suisse entraînerait pour l'enfant apparaissent justifiées et que partant l'intérêt public à combattre l'abus de droit prévale<sup>86</sup>. Cette interprétation est soutenue par la jurisprudence de Strasbourg<sup>87</sup>. Si les autorités n'agissent pas en annulation du mariage fictif, avec pour effet la suppression de la présomption de paternité du mari de la mère, l'intérêt de l'enfant à demeurer en Suisse reste en principe prépondérant<sup>88</sup>. A notre sens, l'art. 109 al. 3 CC doit toutefois rester lettre morte.

## 2) *Les délais pour établir et contester la filiation*

L'obligation de prévoir dans la loi nationale une restitution du délai pour agir en établissement ou en contestation de la filiation découle des obligations au titre de l'art. 8 CEDH<sup>89</sup>. Cette restitution est liée en droit suisse à la réalisation de justes motifs rendant le retard excusable (art. 256c al. 3, 260c al. 3 CC et 263 al. 3 CC).

Selon le Tribunal fédéral, il convient d'interpréter restrictivement la notion de justes motifs<sup>90</sup>. Dans le cadre d'une action en contestation de la filiation, constituent pourtant de tels motifs le fait pour le demandeur de n'avoir pas eu de raison suffisante de douter de sa paternité<sup>91</sup>. Ce faisant, les juges de Mon Repos rejettent l'opinion doctrinale minoritaire selon laquelle seuls des empêchements d'ordre objectif, telle la maladie, ou subjectifs, comme l'espoir de pouvoir continuer à vivre avec la mère, permettraient la restitution des délais, mais non la simple ignorance de faits qui font douter de la paternité<sup>92</sup>. L'interprétation retenue par le Tribunal fédéral rejoint certes celle de la

<sup>86</sup> Regroupement familial dit « à l'envers » ou inversé : TF 2C\_349/2011, 23.11.2011, c. 3.1 ; TF 2C\_173/2011, 24.6.2011 ; ATF 137 I 247 ; TF 2C\_54/2011, 16.6.2011, confirmant les ATF 136 I 285 et 135 I 143.

<sup>87</sup> Récemment : ACEDH Nunez c. Norvège du 28 juin 2011, le renvoi d'une mère étrangère de deux jeunes enfants étant jugé contraire à l'art. 8 CEDH. Voir également : Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas du 31 janvier 2006, Recueil 2006-I, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant l'emportant.

<sup>88</sup> TF 2C\_841/2009, 19.5.2011, dans lequel le mariage fictif, et partant l'abus de droit, étaient établis. MEIER, Résumé mars à juin 2011, p. 311.

<sup>89</sup> ACEDH Tavli c. Turquie du 9 novembre 2006 ; ACEDH Shofman c. Russie du 24 novembre 2005. Sur ces ACEDH : AEBI-MÜLLER, p. 103 ss.

<sup>90</sup> Sur la notion de justes motifs au sens des art. 256c al. 3, 260c al. 3 CC et 263 al. 3 : TF 5A\_240/2011, 6.7.2011 ; TF 5A\_47/2011, 19.4.2011 ; ATF 136 III 593 ; TF 5A\_298/2009, 31.8.2009 ; ATF 132 III 1.

<sup>91</sup> ATF 132 III 1 ; TF 5C.113/2005, 29.9.2005 ; TF 5C.130/2003, 14.10.2003, c. 1.2, confirmant la jurisprudence rendue sous l'ancien droit de la filiation, cf. ATF 91 II 153.

<sup>92</sup> HEGNAUER, BK-K, N 57 ad art. 256c ; SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 6 ad art. 256c.

CourEDH, qui admet la simple ignorance comme un juste motif<sup>93</sup>. Elle tend selon nous néanmoins à vider en pratique de son sens les délais de péremption des art. 256c al. 3 CC et 260c al. 3 CC, sous réserve d'une pesée des intérêts en présence dans l'appréciation des justes motifs afin de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>94</sup>. A l'instar de notre remarque sur les conséquences pratiques de la jurisprudence strasbourgeoise, l'interprétation stricte des justes motifs retenue par le Tribunal fédéral pourrait pousser les intéressés au test ADN privé dès le moindre doute, voire au besoin sans les consentements nécessaires, alors que cette interprétation va de surcroît à l'encontre des tendances en Europe<sup>95</sup>.

S'agissant de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les actions d'état de la filiation, le Tribunal fédéral apparaît de manière générale peu à l'aise<sup>96</sup>. Nous nous réjouissons que l'intérêt de l'enfant à l'aboutissement de l'action puisse exceptionnellement conduire à admettre un juste motif dans des circonstances pourtant insuffisantes<sup>97</sup>. Le Tribunal fédéral accepte également, de manière plus discutable à notre sens, qu'un juste motif soit admis plus largement si l'intérêt du demandeur l'emporte de manière incontestable sur celui de l'enfant<sup>98</sup>. Nous ne sommes pas davantage convaincues par la jurisprudence refusant que l'intérêt de l'enfant constitue une condition supplémentaire qui serait mise à l'admission d'une restitution du délai pour ouvrir l'action du père en contestation de la reconnaissance de paternité ; selon le Tribunal fédéral, et contrairement à la motivation de la Cour de Justice genevoise, l'intérêt de l'enfant à la restitution intervient seulement comme un élément d'appréciation lorsque les circonstances ne suffisent pas à fonder un juste motif<sup>99</sup>. Le Tribunal fédéral accepte ce faisant que l'intérêt de l'enfant au maintien du lien de filiation n'est pas supérieur à celui du père à voir aboutir son action en contestation de la reconnaissance. Or, conformément à l'art. 3 CDE, les autorités suisses doivent vérifier que l'intérêt supérieur de l'enfant est examiné prioritairement dans toute décision le concernant.

Selon MEIER toutefois, l'existence d'éventuels justes motifs de restitution du délai est une question indépendante des intérêts en présence, l'intérêt prépondérant de l'enfant ne pouvant être pris en compte que si l'enfant agit

---

<sup>93</sup> ACEDH Shofman c. Russie du 24 novembre 2005.

<sup>94</sup> Dans ce sens également : GUILLOD, CR-CC, N 9 *ad* art. 256c ; voir également : N 6 *ad* art. 260c.

<sup>95</sup> BÜCHLER *in* FamPra 2004, p. 147 ss. *Cf. supra* chap. IV, let. A *in fine*.

<sup>96</sup> Dénoncé par MEIER, Résumé juillet à octobre 2011, p. 475, suite à TF 5A\_240/2011, 6.7.2011.

<sup>97</sup> TF 5A\_240/2011, 6.7.2011, c. 7.1 ; ATF 136 III 593, c. 6.2.

<sup>98</sup> Pas le cas *in* TF 5A\_240/2011, 6.7.2011, c. 7.2, étant donné le risque que l'enfant reste longtemps sans père, les intérêts financiers et successoraux du mari, ainsi que sa volonté de faire coïncider situation juridique, vérité biologique et absence de lien psychoaffectif, ne l'emportant pas clairement sur l'intérêt de l'enfant.

<sup>99</sup> ATF 136 III 593, c. 6.2.

tardivement, non lorsque l'action est intenté par le père juridique<sup>100</sup>. Cette interprétation ne nous semble pas en harmonie avec les droits fondamentaux de l'enfant. La notion de justes motifs doit en tout état être largement admise dans l'hypothèse d'une action intentée par l'enfant, qui doit être possible sans sévère restriction temporelle, l'enfant manifestant clairement la volonté de connaître ses origines<sup>101</sup>.

S'agissant du respect des délais, un arrêt cantonal neuchâtelois mérite d'être cité. Il s'agit de la révision d'un jugement de paternité, prononcé par défaut du défendeur, suite à la production d'une expertise ADN réalisée hors procédure ultérieurement et qui révèle la non-paternité biologique du défendeur ; l'action en « contestation de paternité » introduite par l'enfant a été traitée comme une demande de révision du premier jugement<sup>102</sup>. Il en découle que l'intérêt personnel de l'enfant visant à faire coïncider sa filiation paternelle biologique avec sa filiation juridique prime l'intérêt de la collectivité à la sécurité des rapports juridiques et au respect des décisions de justice. Ainsi, la péremption du droit à la révision d'un jugement, telle que prévue par l'art. 430 de l'ancien Code de procédure civile neuchâtelois lorsque le délai de trois mois dès la découverte du fait nouveau n'est pas respecté, doit céder le pas devant la CEDH ; la limite plus large des dix ans instaurée à l'art. 329 al. 2 du Code de procédure civile (ci-après : CPC)<sup>103</sup> ne s'applique au demeurant pas davantage au regard de la jurisprudence de la CourEDH<sup>104</sup>.

L'institution d'un délai pour l'ouverture d'une procédure en recherche de paternité est également justifiée par le but de garantir la sécurité juridique et la stabilité des relations familiales. Les restrictions au droit d'engager une procédure pour faire établir juridiquement un lien de filiation doivent toutefois rester proportionnées au but consistant à assurer la sécurité juridique<sup>105</sup>. La tendance est à une plus grande protection du droit de l'enfant à voir sa filiation paternelle établie. Des contingences juridiques, en particulier l'institution d'un délai pour l'ouverture d'une procédure en recherche de paternité, ne devraient ainsi pas l'emporter sur des faits biologiques, en particulier lorsque les tests génétiques ont confirmé la paternité. La CourEDH

<sup>100</sup> MEIER, Résumé juillet à octobre 2011, p. 475.

<sup>101</sup> GUILLOD/BURGAT, p. 36 : cf. ACEDH Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, Recueil 2006-X et Paulik c. Slovaquie du 10 octobre 2006, Recueil 2006-XI. Voir une décision du Tribunal neuchâtelois du 13 mars 2011 in RMA 2011, p. 424, jugeant irrecevable une action en paternité tardive d'une dizaine d'années, admettant, de manière discutable à notre sens, que l'art. 8 CEDH n'y fait pas obstacle, les origines du demandeur étant établies par une expertise.

<sup>102</sup> Jugement de la IIe Cour de cassation civile du 4 mai 2009 en la cause J. c/ M., in RJN 2009 p. 89-91.

<sup>103</sup> RS 272. Le CPC date du 19 décembre 2008 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

<sup>104</sup> ACEDH Paulik c. Slovaquie du 10 octobre 2006, Recueil 2006-XI, admettant la révision d'un jugement de paternité 35 ans plus tard. Sur cet ACEDH : GUILLOD/BURGAT, p. 19 ss.

<sup>105</sup> ACEDH Grönmark c. Finlande du 6 juillet 2010 et Backlund c. Finlande du 6 juillet 2010, admettant une violation de l'art. 8 CEDH, de même in ACEDH Turnali c. Turquie du 7 avril 2009.

observe qu'il est fondamental d'obtenir les résultats d'un test ADN afin de résoudre le conflit dans l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>106</sup>. La jurisprudence strasbourgeoise implique à notre sens que l'interprétation des justes motifs permettant d'intenter une action en recherche de paternité après l'expiration du délai au sens de l'art. 263 al. 3 CC doit rester très large.

Enfin, la jurisprudence relative à la célérité extrême qui doit être respectée pour agir après restitution des délais, soit au grand maximum dans le mois<sup>107</sup>, n'est selon nous pas davantage conforme à la CEDH<sup>108</sup>.

### 3) *La qualité pour agir en constatation et en contestation de la paternité*

En droit suisse, la reconnaissance est un droit strictement personnel absolu, qui ne peut être exercé par représentation<sup>109</sup>. Or, dans l'arrêt Krušković du 21 juin 2011, la CourEDH a jugé que l'impossibilité pour un homme privé de sa capacité juridique de reconnaître sa paternité, la seule autre option étant de défendre à une action en constatation de paternité, violait l'art. 8 CEDH. Il découle de cette jurisprudence à notre sens que le père incapable de discernement, représenté par son mandataire tutélaire, doit se voir reconnaître la qualité pour agir en constatation de paternité, en sus de la mère et de l'enfant<sup>110</sup>. Il convient de corriger dans ce sens l'art. 261 al. 1 CC.

Le droit suisse limite la qualité pour agir à l'action en désaveu<sup>111</sup>. Considérée par le législateur comme un tiers, la mère n'a pas qualité pour agir (art. 256 CC). Or, une différence de traitement entre les droits civils accordés au mari et à la femme pour contester la paternité s'accorde à notre sens mal aux exigences de l'art. 8 lu à la lumière de l'art. 14 CEDH, seules des raisons très fortes pouvant amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe<sup>112</sup>. S'agissant de la famille fondée sur le mariage, l'art. 5 du Protocole n. 7, qui prévoit l'égalité

<sup>106</sup> ACEDH Kalacheva c. Russie du 7 mai 2009, violation de l'art. 8 CEDH pour ne pas avoir ordonné un second test ADN, la fiabilité des résultats du premier étant douteuse. Voir également : ACEDH Pascaud c. France du 16 juin 2011, violation de l'art. 8 CEDH compte tenu du refus d'admettre la production d'une expertise constatant la paternité, au motif de sa nullité à défaut de consentement valable dû à une altération des facultés mentales.

<sup>107</sup> ATF 132 III 1, c. 3.2 ; TF 5C.113/2005, 29.9.2005 ; ATF 85 II 305, JdT 1960 I 573. GUILLOD/BURGAT, p. 35.

<sup>108</sup> Dans l'ACEDH Shofman c. Russie du 24 novembre 2005, par. 40, la CourEDH laisse entendre qu'introduire une action dans les trois mois à partir de la connaissance de la non-paternité est agir sans retard.

<sup>109</sup> GUILLOD, CR-CC, N 8 *ad* art. 260 ; MEIER/STETTLER, p. 56 s, N 101.

<sup>110</sup> Dans ce sens : SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 9 *ad* art. 261.

<sup>111</sup> Sur l'absence de qualité pour agir en désaveu du père biologique, *cf. infra* chap. IV, let. D, ch. 2.

<sup>112</sup> Ce depuis longtemps déjà : ACEDH Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A, n. 94, par. 78. Voir néanmoins l'ACEDH Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, série A, n. 87, dans lequel l'absence de consensus l'emporta encore sur l'inégalité entre maris et femmes.

fondamentale des droits de caractère civil entre les époux, vient de surcroît soutenir cette quête d'égalité. Le législateur est d'ailleurs sur ce point critiqué en doctrine<sup>113</sup>. Nous concluons que la qualité pour agir de la mère en désaveu s'impose au nom du respect de ses droits fondamentaux.

Le droit suisse restreint considérablement l'action en désaveu de l'enfant, légitimé à agir seulement si la vie commune de ses parents a pris fin pendant sa minorité (art. 256 al. 1 ch. 2 CC). Cette condition signifie que si la communauté domestique a pris fin après le dix-huitième anniversaire de l'enfant, celui-ci est privé du droit d'agir, et ce même si le délai fixé à l'art. 256c al. 2 CC n'est pas périmé<sup>114</sup>. Cette limitation à l'action de l'enfant majeur ne nous apparaît pas compatible avec le droit de connaître son ascendance au sens des art. 7, 8 CDE et 8 CEDH, droit qui connaît dans la jurisprudence de Strasbourg un essor considérable<sup>115</sup>. L'enfant majeur doit pouvoir à notre sens agir de manière inconditionnelle, à tout le moins dès sa majorité, voire dès qu'il devient capable de discernement. Il convient certes de rappeler que le Tribunal fédéral, par le biais d'un arrêt fondamental, a créé une action *sui generis* tendant à la connaissance de ses origines, sans conférer néanmoins le droit de faire transformer la filiation biologique en une filiation juridique<sup>116</sup>. Une pesée d'intérêts est de surcroît requise dans les cas où l'enfant, même majeur, se fonde sur la CDE et l'art. 28 CC, en l'absence de disposition spéciale<sup>117</sup>; même s'il faut admettre largement que l'intérêt de l'enfant l'emporte sur d'éventuels intérêts privés contraires, nous ne pensons pas que cette possibilité puisse suffire à garantir le droit au respect de l'identité. La connaissance de ses origines biologiques a en effet une importance essentielle, les relations familiales «cachées» ne contribuant pas au bien-être de l'enfant<sup>118</sup>. L'accès à cette connaissance et la coïncidence des réalités biologique et juridique, à analyser à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque celui-ci est mineur, sont toutefois deux problématiques distinctes<sup>119</sup>. Nous doutons que l'action *sui generis* justifie la restriction à l'action de l'enfant.

L'enfant incapable de discernement ne dispose pas d'un droit inconditionnel à entamer une procédure de désaveu par le biais d'un curateur ;

<sup>113</sup> BÜCHLER, p. 437 ss ; MEIER/STETTLER, p. 46, N 82 et note 149 ; SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 6 *ad art.* 256.

<sup>114</sup> MEIER/STETTLER, p. 43, N 76 *in fine*.

<sup>115</sup> BÜCHLER, p. 437 ss ; MEIER/STETTLER, p. 43, N 77 ; SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 5 et réf. *ad art.* 256. Voir réf. *supra* note 39.

<sup>116</sup> ATF 134 III 241, *cf. supra* chap. III, let. B, ch. 2 et réf. note 40. Voir également : ATF 137 I 154, c. 3.4.1, JdT 2012 II 229, dans lequel l'action en annulation de l'adoption intentée par l'enfant en vue de faire établir la filiation juridique de son père biologique est refusée, seule une nouvelle adoption pouvant y parvenir. Pour MEIER/STETTLER, p. 43 N 77 *in fine*, cette action *sui generis*, *cf.* N 379 ss, suffit.

<sup>117</sup> MEIER/STETTLER, p. 217 N 382. Très inquiète sur tout schématisme faisant fi de cette pesée des intérêts : AEBI-MÜLLER, p. 116 ss.

<sup>118</sup> *Obergericht des Kantons Luzern*, 10.11.2008 *in FamPra* 2009, p. 784 ss.

<sup>119</sup> *Cf. supra* chap. IV, let. A ch. 2.

l'autorité tutélaire doit peser les intérêts de l'enfant, et exclusivement ceux-ci<sup>120</sup>, en comparant sa situation avec et sans le désaveu. Il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'introduire l'action lorsqu'il est incertain qu'il puisse avoir un autre père légal, lorsque la contribution d'entretien sera notablement moindre ou lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre que l'enfant sera en mesure d'entretenir une relation positive sur le plan socio-psychique<sup>121</sup>. Le Tribunal fédéral accorde une importance croissante au droit de l'enfant majeur à la connaissance de ses origines, mais maintient la pesée des intérêts comme critère décisif s'agissant des enfants mineurs<sup>122</sup>. Cette approche nuancée nous apparaît conforme à l'intérêt de l'enfant, ce d'autant que l'action susmentionnée *sui generis* en recherche de ses origines reste disponible.

Enfin, que la qualité pour agir en vue de contester le lien de filiation diverge pour l'enfant de parents mariés et non mariés n'est à notre sens pas compatible avec la CEDH. De tout intéressé à l'action en contestation de la reconnaissance (art. 260a al. 1 CC), le cercle est fortement restreint quand il s'agit de contester la présomption de paternité du mari de la mère (art. 256 CC). Le mariage subséquent des parents voit le cercle des potentiels demandeurs également se resserrer pour l'enfant dont la filiation paternelle est établie (art. 259 al. 2 CC). Cette importance déterminante du modèle familial des parents sur la stabilité de l'état de l'enfant ne saurait à notre sens trouver une justification raisonnable et objective au sens de l'art. 14 CEDH en lien avec l'art. 8 CEDH. Le législateur suisse s'attache à réaliser l'égalité des effets des liens de filiation indépendamment de leur mode d'établissement, ce qui est louable et conforme à la jurisprudence strasbourgeoise, mais cette réflexion doit se poursuivre du point de vue des règles d'établissement et de contestation de la filiation, la distinction fondamentale entre l'enfant né dans ou hors mariage persistant en cette matière. Sous cet angle, notre droit de la filiation doit être revu.

---

<sup>120</sup> ATF 121 III 1. Voir également : TF 5A\_593/2011, 10.2.2012 et TF 5A\_150/2011, 29.6.2011.

<sup>121</sup> TF 5A\_128/2009, 22.6.2009, dans lequel l'intérêt des enfants à agir en désaveu est admis alors que les époux s'y étaient opposés ; intérêt en revanche non étayé par le prétendu père naturel *in* TF 5A\_150/2011, 29.6.2011, ni davantage par le père biologique avec lequel l'enfant entretenait de bonnes relations *in* TF 5A\_593/2011, 10.2.2012. HEGNAUER, *Interesse*, p. 377, relève qu'avoir un « faux » père constitue une situation en principe toujours plus avantageuse que de ne pas avoir de père du tout.

<sup>122</sup> ATF134 III 241 ; ATF 128 I 63. *Cf.* MEIER *in* RMA 2009, p. 401. *Cf. supra* note 39 pour des réf. à la jurisprudence européenne.

## B) *L'établissement de la filiation découlant de l'adoption*

### 1) *Un droit conventionnel d'adopter*

Dans de nombreux arrêts, la CourEDH a répété qu'un droit d'adopter ne figure pas en tant que tel à l'art. 12 CEDH, ni davantage aux art. 8 et 14 CEDH<sup>123</sup>. Un couple non marié en particulier ne peut déduire du droit de fonder une famille au sens de l'art. 12 CEDH un droit à l'adoption sous une forme non prévue par la loi interne<sup>124</sup>. L'un des derniers arrêts de l'instance alsacienne en la matière laisse toutefois espérer quelque évolution, en maintenant ouverte la question d'un droit d'adopter contenu à l'art. 8 CEDH pris isolément<sup>125</sup>. A notre sens, un tel droit en sera déduit dans un proche avenir.

Indépendamment de la reconnaissance d'un tel droit, si la législation nationale accorde le droit de demander l'agrément d'adopter à une personne célibataire, l'Etat doit veiller à ne pas prendre des mesures discriminatoires dans la mise en application de la loi ; la Cour a reconnu une violation des art. 8 et 14 CEDH dans la décision de refus du droit d'adopter fondée sur l'orientation sexuelle<sup>126</sup>. Le Tribunal fédéral examine ainsi à raison s'il y a des indices de préjugés quant à l'adoption par une personne seule de sexe masculin, qui pourrait constituer une violation de l'interdiction de la discrimination au sens des art. 8 al. 2 Cst. et 14 CEDH ; ce dernier ne pouvant être appliqué seul, notre autorité suprême fait sienne la jurisprudence strasbourgeoise selon laquelle le projet parental entre sous le champ de l'art. 8 CEDH, même s'il juge inconsistant en l'espèce le moyen tiré du droit au respect de la vie privée et familiale<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> ACEDH Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, par. 47 ; ACEDH de Grande Chambre E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 41 ; ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 66 et 92 ; ACEDH Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007, par. 121 ; ACEDH Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie du 22 juin 2004, Recueil 2004-IV, par. 140 ; ACEDH Fretté c. France du 26 février 2002, Recueil 2002-I, par. 32. KARPENSTEIN/MAYER, p. 221, N 17.

<sup>124</sup> ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 92.

<sup>125</sup> ACEDH de Grande Chambre E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 43 et 46. Voir également : ACEDH Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, par. 72 et décision sur la recevabilité Gas et Dubois (note 152) du 31 août 2010.

<sup>126</sup> ACEDH de Grande Chambre E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 49. Cf. *infra* chap. IV, let. B, ch. 3.

<sup>127</sup> TF 5A\_881/2010, 13.5.2011, c. 4. Examen de l'absence de discrimination très élué *in* TF 5A\_207/2012, 25.4.2012, c. 7, décision illustrant le caractère extrêmement restrictif de la jurisprudence relative à l'autorisation d'accueillir un enfant en vue d'adoption requise par un homme seul.

## 2) *L'adoption par un couple non marié*

Selon l'art. 267 al. 2 CC, les liens de filiation antérieurs à l'adoption sont rompus, sauf à l'égard du conjoint de l'adoptant, ce sous réserve des circonstances spéciales retenues par la CourEDH dans son arrêt Emonet. Au vu des circonstances très particulières de ce cas, à savoir une fille majeure handicapée adoptée par le compagnon de sa mère avec lequel elle vit, bénéficiant de soins permanents accordés par le couple, alors que le père biologique et juridique est décédé, la Cour a jugé que l'adoption ne mettait pas un terme au lien juridique maternel, en dépit de l'article précité, jugé contraire en l'espèce à l'art. 8 CEDH ; la rupture du lien de filiation entre les deux requérantes ne répondait pas à un « besoin social impérieux » et n'était pas « nécessaire dans une société démocratique »<sup>128</sup>. En doctrine, il est soutenu qu'il s'agit d'une décision étroitement liée au cas d'espèce, qui ne remet pas le choix du législateur comme tel en cause<sup>129</sup>.

Pourtant, nous en doutons. En effet, aux yeux de la CourEDH, l'argument du Gouvernement selon lequel l'institution du mariage garantit à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins n'est plus forcément pertinent de nos jours<sup>130</sup>. Les juges de Strasbourg sont de surcroît récalcitrants aux arguments du Gouvernement fondés en grande partie sur des motifs tirés des travaux préparatoires du Code civil afin de justifier la différence de traitement entre les couples mariés et les concubins. Ils rappellent à cet égard qu'il convient d'interpréter les droits découlant de la Convention de manière autonome. Par ailleurs, ils ont à maintes occasions souligné l'importance d'une approche évolutive dans l'interprétation de la Convention, à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui, écartant ainsi la prise en compte excessive de l'interprétation historique<sup>131</sup>.

Or, dans la mesure où les conditions d'une adoption de l'enfant du conjoint de fait sont réalisées, il existe une vie familiale effective et harmonieuse, l'autre parent est inexistant, consent à l'adoption ou il peut être fait abstraction de son consentement (art. 265c CC) ; dans une telle constellation, l'intérêt supérieur de cet enfant dicte à notre sens la création d'un lien de filiation double, afin de tenir compte des réalités, tant biologiques

---

<sup>128</sup> ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 87. L'ATF 129 III 656 a été révisé par TF 5F\_6/2008, 18.7.2008, publié in SJ 2009 I 53.

<sup>129</sup> MEIER/STETTLER, p. 128 s, N 268 et note 475 ; SCHÜRMAN, Adoption, p. 265 ; SCHÖBI, p. 99 ss. *Contra* : HENRICH, in FamRZ 2008, p. 379 ; voir également : HOTTELLIER, Jusletter 2008.

<sup>130</sup> ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 81. La conception conservatrice adoptée par le Tribunal fédéral in ATF 126 III 656, c. 4.3, est en porte à faux avec la conception européenne.

<sup>131</sup> ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 83. Voir également : ACEDH Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, par. 61. Cf. *supra* chap. III, let. B, ch. 1.

que sociales, et éviter une application mécanique et aveugle de la loi selon les termes mêmes de la CourEDH<sup>132</sup>.

La question qui demeure est celle de savoir jusqu'où va l'interprétation de la CourEDH. Tendrait-elle à imposer *de lege lata* une adoption conjointe par des concubins, voire après un certain nombre d'années de vie commune, étant précisé que dès 35 ans, aucune durée du mariage n'est exigée de conjoints mariés ? Certes, il est plus communément soutenu qu'une telle adoption est envisageable uniquement *de lege ferenda*, de préférence dans le cadre d'une réflexion globale sur le statut des couples concubins<sup>133</sup>. Dans ce sens, le Tribunal fédéral a refusé d'appliquer la jurisprudence Emonet à l'adoption par le beau-père suite au divorce d'avec la mère juridique. Après avoir admis que la loi présente une lacune proprement dite (art. 1 al. 2 CC), qui doit être comblée en ce sens que le veuf ou la veuve peut adopter l'enfant du parent décédé aux conditions (art. 264a al. 3 CC) et avec les effets (art. 267 al. 2 *in fine* CC) de l'adoption conjointe, il exclut l'adoption de l'enfant du conjoint, selon l'art. 264a al. 3 CC, si la demande est déposée postérieurement au divorce, à défaut dans cette hypothèse d'une lacune proprement dite<sup>134</sup>. Les juges de Mon Repos nient que l'art. 8 CEDH soit applicable en l'espèce, étant donné l'absence d'une cellule familiale au sens retenu par la CourEDH. Leur raisonnement se fonde sur l'absence de relation fondée sur le mariage entre la mère biologique de l'enfant et le requérant, ni de liens familiaux *de facto* tels qu'une cohabitation en dehors de tout lien marital, puisque, si l'enfant vit avec l'ancien mari de sa mère, celle-ci et sa demi-sœur n'habitent pas avec eux. Nous ne pouvons suivre ce raisonnement. Il y a, à notre sens, incontestablement vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH tant entre l'enfant et sa mère et demi-sœur, même sans cohabitation, qu'entre l'enfant et son beau-père. La jurisprudence de la CourEDH relative à la notion de vie familiale est nettement moins restrictive que ce que laisse entendre le Tribunal fédéral dans cet arrêt<sup>135</sup>. Or, en présence d'une vie familiale, les autorités nationales ont l'obligation d'agir de manière à permettre à ce lien familial de se développer<sup>136</sup>. En l'espèce, à l'instar de l'ACEDH Emonet, l'intérêt de l'enfant était manifestement de pouvoir établir un lien de filiation juridique avec sa mère et son beau-père, alors que son père biologique ne s'était plus manifesté depuis plusieurs années, y compris en terme de contribution d'entretien, et était sans domicile connu.

Les concubins, en particulier lorsque leur union présente une certaine stabilité et lorsque leur âge et situation personnelle leur permettent d'élever un

---

<sup>132</sup> ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 86.

<sup>133</sup> MEIER/STETTLER, p. 128 s, N 268. Voir également *supra* réf. note 129.

<sup>134</sup> TF 5A\_822/2010, 13.5.2011, c. 3.2.2.3.

<sup>135</sup> Cf. *supra* chap. III, let. A et réf. note 47.

<sup>136</sup> ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 82 *in fine* et réf.

enfant jusqu'à la majorité, bénéficiant de la garantie conventionnelle consacrée à l'art. 8 CEDH. Celle-ci, cumulée à l'art. 14 CEDH, leur permet de bénéficier du droit au respect de la vie familiale, qui doit être garanti de manière non discriminatoire en particulier par rapport aux couples formellement mariés. La déduction d'un droit d'adopter de l'art. 8 CEDH ouvrira sans controverse à notre sens la voie à l'adoption pour un couple non marié<sup>137</sup>.

Nous renouvelons notre souhait de voir le législateur ne pas tarder à entrer en matière sur un accès à l'adoption indépendant du modèle familial choisi par les parents, ce au nom de l'interdiction de la discrimination, qu'il s'agisse de l'adoption conjointe par un couple non marié ou de l'adoption de l'enfant du concubin (art. 8 et 14 CEDH)<sup>138</sup>. Il convient de donner rapidement suite à la motion déposée au Conseil fédéral par le Conseil national le 15 décembre 2011, dans le but d'ouvrir l'adoption aux concubins, de limiter à trois ans la durée de vie commune requise et d'abaisser l'âge minimum des parents adoptifs<sup>139</sup>.

### 3) *L'interdiction de l'adoption pour les partenaires enregistrés*

L'art. 28 de la loi sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (ci-après : LPart)<sup>140</sup> refuse aux partenaires enregistrés le droit de fonder une famille, soit d'avoir des enfants communs, par adoption ou par procréation médicalement assistée. Selon le Message du Conseil fédéral, l'interdiction porte tant sur l'adoption conjointe, sur l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré que sur l'adoption à titre individuel pendant la durée du partenariat enregistré, afin de ne pas permettre un détournement de la loi<sup>141</sup>. Les partenaires enregistrés se voient en conséquence privés du droit d'adopter, alors que cette possibilité reste ouverte à chacun individuellement s'ils renoncent à officialiser leur union. Cette conséquence a pour effet paradoxal d'inciter les couples de partenaires de même sexe à ne pas donner un cadre juridique, source de protection, d'assise à leur union, dans la mesure où ils

<sup>137</sup> Cf. *supra* chap. IV, let. B, ch. 1. Sur le traitement discriminatoire réservé aux concubins dont l'accès à l'adoption conjointe est fermé : PAPAUX VAN DELDEN, Implications, p. 335 et note 87 sur les propositions de *lege ferenda* d'assouplissement du droit de l'adoption.

<sup>138</sup> PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 264 ss, Implications, p. 335 et réf. notes 86 s. Voir également : HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 208, la distinction absolue faite par le droit suisse entre l'adoption effectuée par un concubin et celle faite par un conjoint semble difficilement défendable sous l'angle de l'interdiction de la discrimination ; KUHN, p. 248 et 279.

<sup>139</sup> Par 116 voix contre 45 ; Motion 09.3026 Prelicz-Huber Katharina, dont le texte a été élargi, BO CN, Session d'hiver 2011, 7<sup>ème</sup> séance : [http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4901/370196/f\\_n\\_4901\\_370196\\_370346.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4901/370196/f_n_4901_370196_370346.htm) consulté le 9.4.2012. SANDOZ, p. 1489 et 1498, propose cinq ans de ménage commun.

<sup>140</sup> RS 211.231. La LPart date du 18 juin 2004 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

<sup>141</sup> Message LPart, p. 1245, 2.3.3 *in fine*. Dans ce sens également : MEIER/STETTLER, p. 128 s, N 268 ; SCHWENZER, FamKomm PartG, N 9 *ad* art. 28. HOTTELIER, Constitution, p. 345, N 16, note que le législateur fédéral a soigneusement évité d'assimiler les partenaires enregistrés à une famille au sens constitutionnel du terme. Confirmé par le Tribunal fédéral s'agissant de l'adoption de l'enfant du partenaire *in* ATF 137 III 241, c. 4, JdT 2012 II 142.

envisagent d'élever ensemble un enfant, à tout le moins tant que leur projet n'est pas concrétisé. Au nom en particulier du droit au respect de la vie familiale cumulé à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'état civil, l'interdiction de fonder une famille imposée lors de l'entrée dans une union reconnue par l'Etat nous apparaît difficilement soutenable<sup>142</sup>. Nous rejetons en conséquence l'interprétation de l'art. 28 LPart voulant que l'adoption par une personne seule soit fermée du fait de la conclusion du partenariat, source de surcroît d'une forme de discrimination à rebours !

Dans un avenir pas si lointain, il n'est nullement exclu que la CourEDH reconnaisse que l'interdiction pour les partenaires de même sexe d'avoir des enfants en commun heurte les droits fondamentaux. Une partie de la doctrine soutient depuis longtemps déjà que cette interdiction porte atteinte à l'art. 8 al. 2 Cst. sans qu'elle soit justifiée par un motif objectif prépondérant<sup>143</sup>. Sa compatibilité avec le droit de fonder une famille au sens des art. 14 Cst. et 12 CEDH est de surcroît aussi mise en doute<sup>144</sup>. Une révision de la Constitution n'est au demeurant, à notre sens, nullement un préalable à la consécration du mariage homosexuel<sup>145</sup>.

Une tendance croissante vise au moins à permettre l'adoption par le second parent pour les couples homosexuels, ce qui est justifié par la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 CDE), selon un raisonnement similaire à celui défendu précédemment s'agissant de l'adoption de l'enfant du conjoint de droit comme de fait<sup>146</sup>. Les tenants de la solution contraire se fondent certes également sur l'intérêt de l'enfant<sup>147</sup> !

La question est en effet de déterminer s'il existe des raisons de nier au second parent la possibilité de devenir le deuxième « parent juridique » de l'enfant, et donc d'officialiser les liens qui l'unissent *de facto* à l'enfant. Avoir

<sup>142</sup> SCHWENZER, FamKomm PartG, N 15 *ad* art. 28, admet une violation de l'art. 8 al. 2 Cst. Voir également : SANDOZ *in* JdT 2012 II 144, note sur l'ATF 137 III 241.

<sup>143</sup> Dans ce sens : GRÜTTER/SUMMERMATTER, p. 466 ; HANGARTNER, Paare, p. 254 ss ; HOCHL, p. 65 ss ; SCHWEIGHAUSER N 26 *ad* art. 28. *Contra* : PICHONNAZ, p. 415 ; SANDOZ *in* JdT 2012 II 144, note sur l'ATF 137 III 241.

<sup>144</sup> Dans ce sens : AMSTUTZ/GÄCHTER, N 25 ; KUHN, p. 103 ; PAPAUX VAN DELDEN, Restrictions, p. 621 ss.

<sup>145</sup> AUBERT, Avis de droit ; AUBERT/MAHON, N 7 ; MÜLLER/SCHEFER, 230 ; PAPAUX VAN DELDEN, Influence, p. 405 et réf. note 17. *Contra* : BIAGGINI, N 9 *in fine ad* art. 14 ; Message LPart, p. 1210 ; SCHWEIZER, N 25.

<sup>146</sup> Cf. *supra* chap. IV, let. B, ch. 2. COPUR, Homoparentalité, p. 305, conclut, en 2007 déjà, que dans l'optique du bien de l'enfant, la légalisation de la parentalité exercée en commun par les couples homosexuels est des plus urgentes ; COPUR, Kindeswohl, p. 121 ss et 189 ss, Orientierung, p. 1443 s. Voir également : HOCHL, p. 79 ; SCHWEIGHAUSER N 25 *ad* art. 28 ; SCHWENZER, FamKomm PartG, N 13 *ad* art. 28.

<sup>147</sup> MEIER/STETTLER, p. 128 s, N 268, et réf. note 476 sur les risques liés au « fantasme de l'engendrement unisexe » ; MURAT, p. 203 ss, sur la remise en cause de la place des sexes et leur valeur respective. Voir également : SANDOZ *in* JdT 2012 II 144, note sur l'ATF 137 III 241, se demandant « s'il est compatible avec le droit de la personnalité d'un enfant d'avoir, à l'état civil, deux parents de même sexe, ce qui trahit en outre immédiatement une adoption, en violation du principe du secret ».

deux « parents juridiques » plutôt qu'un seul relève à notre sens de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisque cela implique le doublement de la protection qui en découle, dont les obligations de soutien financier, les droits successoraux, et, dans la vie courante, le partage de l'autorité parentale. Cela permet également d'asseoir juridiquement la position du parent de fait en cas de décès du parent biologique et/ou juridique de l'enfant, sans devoir envisager la solution alors possible de l'adoption par une personne seule. Autoriser l'adoption par le second parent signifie adapter le régime juridique à la réalité de la vie de l'enfant.

S'agissant de la jurisprudence européenne, prévaut désormais le principe selon lequel les autorités ne sauraient barrer la route à un adoptant au seul motif qu'il est homosexuel ; l'instance alsacienne est revenue sur un arrêt rendu en 2002 dans une nouvelle décision, prise en Grande Chambre, au début 2008<sup>148</sup>. Une partie de la doctrine soutient qu'il ne peut être déduit de cet arrêt l'obligation pour les Etats d'admettre l'adoption conjointe par des partenaires enregistrés, puisqu'il en allait ici d'une adoption par une personne seule ; elle admet néanmoins que l'interprétation dynamique de la CEDH pourrait un jour y contraindre la Suisse, si elle n'a pas agi sur le plan législatif d'ici là<sup>149</sup>. Plusieurs Etats, comme le Danemark, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède, l'Espagne, la Norvège, admettent l'adoption par un couple homosexuel, avec ou sans restrictions. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, l'Allemagne a ouvert le droit à l'adoption de l'enfant du partenaire homosexuel (*cf.* art. 9 par. 7 *Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft*). Le projet de Convention européenne en matière d'adoption des enfants prévoit d'ailleurs que les Etats ont la possibilité d'étendre la portée de la Convention aux couples homosexuels (art. 7 al. 2) et témoigne de l'évolution en cours. Le débat va rebondir à Strasbourg, même plus rapidement qu'escompter par certains<sup>150</sup>. La Cour EDH a en effet récemment déclaré recevable la requête d'un couple de même sexe qui se plaignait d'un refus d'adoption par la partenaire de la mère, concluant à l'applicabilité de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH ; elle admet sans surprise que les relations des deux partenaires, vivant sous un régime de PACS, avec l'enfant, né d'une procréation médicalement assistée avec donneur anonyme,

---

<sup>148</sup> Respectivement : ACEDH Fretté c. France du 26 février 2002, Recueil 2002 - sur cet ACEDH, critiques : MURAT, p. 194 ss ; VANWINCKELEN, p. 574 ss - puis E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 91 ss : lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant de droits tombant sous l'empire de l'art. 8 CEDH ; un refus d'agrément en vue d'adopter fondé uniquement sur des considérations tenant à l'orientation sexuelle consiste en une distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention, ACEDH critiqué par MEIER/STETTLER, p. 130, note 478.

<sup>149</sup> JÄGGI, N 19 ss ; MEIER/STETTLER, p. 130, N 268 et note 479.

<sup>150</sup> MARGUÉNAUD, p. 27, prédit au mariage homosexuel, en 2008, un renvoi aux calendes grecques, sauf coup de théâtre devant une Grande Chambre, suite aux déc. d'irrecevabilité R. et F. et Parry c. Royaume-Uni du 28 novembre 2006. Voir au demeurant : ACEDH Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, par. 61 ss.

relèvent de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH<sup>151</sup>. Dans un arrêt de Chambre du 15 mars 2012, la CourEDH a toutefois admis que le refus d'accorder le droit d'adopter l'enfant de sa compagne n'était pas discriminatoire, rappelant que ni l'art. 12, ni les art. 14 et 8 CEDH n'imposent aux Etats l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels<sup>152</sup>. Déçues par cet arrêt, nous adhérons pleinement à l'opinion dissidente du juge Villiger qui au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant reconnaît une violation des art. 8 et 14 CEDH ; nous relevons également l'appel vibrant des juges Costa, Spielmann et Berro-Lefèvre exhortant le législateur français de ne pas se contenter de cette conclusion de non-violation et de revoir la question, le statut juridique de l'enfant demeurant empreint de précarité, ce qui n'est assurément pas dans l'intérêt de l'enfant. Et nous gardons espoir, un ACEDH de Grande Chambre concernant l'adoption par le second parent au sein d'un couple homosexuel dans l'affaire X et autres c. Autriche étant attendu.

Quant au Tribunal fédéral, il vient de refuser à une femme pacsée le droit d'adopter l'enfant de sa compagne, confirmant le refus des autorités zurichoises, tout en précisant que l'art. 28 LPart interdit toute forme d'adoption aux partenaires enregistrés, y compris l'adoption de l'enfant du partenaire<sup>153</sup>. La question d'une discrimination créée par l'art. 28 LPart, qui serait contraire à la Constitution ou au droit international, est néanmoins laissée ouverte, car le couple n'était ici partenariatisé que depuis trois ans au moment du dépôt de la requête ; la demande d'un couple marié aurait été refusée également, faute d'atteindre les cinq ans de mariage exigés aujourd'hui encore par la loi (art. 264a al. 3 CC). Voici à notre sens l'occasion de porter cette question à Strasbourg.

C'est en conclusion par le biais de l'adoption de l'enfant du partenaire que l'adoption au sein d'un couple de partenaires de même sexe fera selon nous son entrée. Même si « gérer le fait accompli – la présence d'enfants élevés dans des foyers homosexuels – ne relève pas nécessairement de la même logique institutionnelle que la consécration *ex nihilo* d'une filiation bilinéaire à l'égard d'un couple constitué de personnes de même sexe »<sup>154</sup>, l'admission par ce biais de la famille homosexuelle permettra qui suive à plus ou moins brève échéance l'adoption conjointe. Depuis qu'il est admis par principe qu'un candidat homosexuel puisse adopter un enfant, il n'y a de surcroît qu'un pas

---

<sup>151</sup> Décision sur la recevabilité Gas et Dubois (note 152) du 31 août 2010.

<sup>152</sup> ACEDH Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012, par. 66.

<sup>153</sup> ATF 137 III 241, JdT 2012 II 142.

<sup>154</sup> MURAT, p. 206 s, qui poursuit : « prendre appui sur l'un pour revendiquer l'autre constituerait une approximation critiquable ».

pour ouvrir l'adoption aux couples homosexuels<sup>155</sup>, l'adoption par une personne seule dérogeant déjà aux réalités biologiques<sup>156</sup>.

### C) *L'établissement de la filiation par procréation médicalement assistée*

Un droit à la procréation médicalement assistée n'a dans un premier temps pas été déduit de l'art. 8 CEDH, ni davantage du droit de fonder une famille au sens de l'art. 12 CEDH, du moins sous une forme absolue ; la jurisprudence européenne a toutefois évolué sur ce point<sup>157</sup>. La Cour strasbourgeoise reconnaît désormais que les notions de « vie privée et familiale » au sens de l'art. 8 par. 1 CEDH incluent le droit au respect de la décision de devenir parents génétiques<sup>158</sup>.

Si la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA)<sup>159</sup>, fondée sur l'art. 119 Cst., réserve les méthodes de procréation médicalement assistée aux couples hétérosexuels, elle n'en limite pas l'accès aux couples mariés, sous réserve de l'insémination hétérologue (art. 3 al. 2 et 3 LPMA). Dès lors que la loi accorde un privilège fondé sur l'état civil des bénéficiaires, la compatibilité de cette restriction avec la CEDH se pose à notre sens pour les exclus, en particulier sous l'angle de l'interdiction de la discrimination, cumulée à l'art. 8 CEDH<sup>160</sup>. Que l'adoption par une personne seule soit admise remet aussi en doute à notre sens l'exigence d'un couple pour bénéficier de l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée.

A l'instar de l'art. 4 LPMA, en raison en particulier d'un risque dit de « maternité éclatée », le droit autrichien interdit le don d'ovules. Par référence notamment à l'adoption, qui crée elle aussi des relations familiales qui ne s'inscrivent pas dans le schéma classique parent-enfant reposant sur un lien biologique direct, la CourEDH a dans un premier temps estimé cette

<sup>155</sup> MURAT, p. 204 s. Pour des réf. favorables à l'adoption par les couples homosexuels, *cf. supra* note 146.

<sup>156</sup> MEIER/STETTLER, p. 131, note 479.

<sup>157</sup> ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, par. 72. BERGER, p. 511 ss, réf. bibliographiques p. 514. En détail sur le droit de fonder une famille : PAPAUX VAN DELDEN, Implications, p. 332 ss.

<sup>158</sup> ACEDH de Grande Chambre S. H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, par. 81 s ; ACEDH de Grande Chambre Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, Recueil 2007-V, par. 66 et réf.

<sup>159</sup> RS 810.11. La LPMA date du 18 décembre 1998 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

<sup>160</sup> Pour une approche critique : KUHN, p. 249 ss ; PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 263 ss, Implications, p. 334 ; VAN DIJK, p. 857 *ad* art. 12. Voir également : MEIER/STETTLER, p. 114, N 246 et réf. note 422. *Contra* : REUSSER, N 27 *ad* art. 14, restriction compatible avec l'art. 14 Cst. au nom de l'intérêt de l'enfant.

interdiction contraire à l'art. 8 CEDH<sup>161</sup>. En droit suisse, l'interdiction du don d'ovules a eu un parcours chahuté ; d'abord exclu du projet du Conseil fédéral, le don d'ovules a été introduit par le Conseil des Etats, puis rejeté par le Conseil national, refus qui l'a finalement emporté<sup>162</sup>. L'interdiction est critiquée en particulier au nom de l'égalité de traitement entre homme et femme (art. 8 al. 3 Cst.), l'insémination hétérologue étant admise, certes à condition que le couple soit marié (cf. art. 3 al. 3 LPMA)<sup>163</sup>. Dans un arrêt de Grande Chambre du 3 novembre 2011, la CourEDH est revenue en arrière et a rejeté une violation de l'art. 8 CEDH ; elle conclut que ni l'interdiction du don d'ovules à des fins de procréation artificielle ni la prohibition du don de sperme à des fins de fécondation *in vitro* n'excèdent la marge d'appréciation dont le législateur disposait à l'époque pertinente, tout en appelant les Etats contractants à examiner de manière permanente les évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides en cette matière<sup>164</sup>. Une condamnation de l'art. 4 LPMA, qui ne trouve au demeurant pas sa source dans l'art. 119 Cst., n'est ainsi que partie remise.

La Cour européenne est en outre confrontée à sa première affaire concernant l'accès au dépistage d'embryons pour un couple porteur d'une maladie génétique ; invoquant une violation des art. 8 et 14 CEDH, ce couple souhaite avoir un enfant par fécondation *in vitro* de manière à ce que l'embryon puisse être soumis au préalable à un dépistage génétique<sup>165</sup>. Le diagnostic préimplantatoire reste à ce jour une technique interdite en Suisse et un second projet de loi, dont la consultation a pris fin le 30 septembre 2011, envisage de l'autoriser dans le respect de limites strictes<sup>166</sup>. En juillet 2012, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'intérieur d'élaborer les dispositions légales nécessaires ainsi que le Message y relatif d'ici au printemps 2013 ; la nouvelle approche nécessite une modification de l'art. 119 Cst. Le législateur devrait à notre sens ne pas tarder.

<sup>161</sup> ACEDH S. H. et autres c. Autriche du 1<sup>er</sup> avril 2010. Critiqué en doctrine : MEIER, Résumé mars à juin 2010, p. 293, dénonçant une étape de plus dans la dérive dirigiste de la CourEDH, mais également salué dans son résultat : RÜTSCH/WILDHABER, p. 805.

<sup>162</sup> Respectivement : Message LPMA, ch. 322.12, BOCE 1997 p. 685, puis BOCN 1998 p. 1331 et enfin BOCE 1998 p. 944.

<sup>163</sup> FOUNTOLAKIS, p. 257 ; KUHN, p. 286 ss, 358 ss. Voir également : AUBERT/MAHON, N 22 *in fine ad art. 119*.

<sup>164</sup> ACEDH S. H. et autres c. Autriche du novembre 2011, par. 115 ss, accompagné de l'opinion dissidente de quatre juges.

<sup>165</sup> Affaire Costa et Pavan c. Italie (requête n° 54270/10). A noter l'ACEDH R. R. c. Pologne du 26 mai 2011 admettant un traitement inhumain du fait d'un refus d'amniocentèse, la détermination de la Cour étant saluée par MEIER *in RMA* 2011, p. 290.

<sup>166</sup> Explications relatives à la modification de l'art. 119 Cst. et de la LPMA (Diagnostic préimplantatoire), 14 février 2011 : [http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2007/PID\\_Explications\\_f\\_.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2007/PID_Explications_f_.pdf) consulté le 9.4.2012. Pour une analyse du projet du Conseil fédéral de mai 2011 et une comparaison avec la réglementation adoptée en Allemagne : DÖRR/MICHEL.

## D) *La place du père biologique*

### 1) *Le droit du père biologique à être informé*

Le Tribunal fédéral a reconnu une violation de l'interdiction de l'arbitraire car l'autorité tutélaire n'avait pas pris contact avec le père naturel pour lui expliquer que son consentement à l'adoption dépendait de l'établissement du lien de filiation avec son enfant<sup>167</sup>. L'obligation de prendre contact avec le père biologique pour l'informer que la reconnaissance est une condition au droit de s'opposer à l'adoption, lorsque le père est connu, doit en effet être admise. Le respect des droits de la personnalité du père biologique en dépend.

Un droit du père biologique à être informé et partant à être entendu peut à notre sens être déduit des obligations inhérentes à un respect effectif de la vie familiale et privée au sens de l'art. 8 CEDH.

### 2) *Les obstacles à l'établissement de la paternité juridique du père biologique*

La CourEDH a récemment constaté qu'il n'y a pas de consensus à l'échelle européenne sur le point de savoir si la législation interne doit permettre au père biologique de contester la présomption de paternité du mari ; dans le cas d'espèce, même si le requérant n'a pas qualité pour agir en contestation de la filiation paternelle des enfants, elle constate que le droit interne ne le prive pas de toute possibilité d'établir un lien de paternité en sollicitant l'adoption des enfants ou en demandant leur placement chez lui comme parent nourricier. Les juges de Strasbourg en déduisent que le juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des personnes concernées n'est pas méconnu et qu'il n'y a en conséquence pas violation de l'art. 8 CEDH<sup>168</sup>. Plus récemment encore, le refus des juridictions allemandes d'autoriser deux pères biologiques présumés à contester la paternité d'un autre homme a été jugé légitime à l'unanimité<sup>169</sup>.

En droit suisse, l'art. 256 al. 1 CC ne permet pas davantage au père biologique d'agir en désaveu de paternité<sup>170</sup>. Le père biologique peut certes tenter d'amener l'enfant, ou son curateur dans la mesure où l'enfant est incapable de discernement, à agir lui-même, mais seulement si la vie commune

---

<sup>167</sup> ATF 113 Ia 271. Confirmé in ATF 137 I 154, c. 3.3.1, JdT 2012 II 229. MEIER/STETTLER, p. 142 s, N 288 et note 536.

<sup>168</sup> ACEDH Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010, par. 56. MEIER in RMA 2011, p. 117 s, salue cette heureuse retenue.

<sup>169</sup> ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012 et ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012. Cf. *supra* chap. IV, let. A *ab initio* et réf. note 81.

<sup>170</sup> Ce que le Tribunal fédéral a confirmé in ATF 108 II 344. Voir également : TF 5A\_593/2011, 10.2.2012 et TF 5A\_150/2011, 29.6.2011, sur la demande refusée du père biologique de voir instituer une curatelle de représentation (art. 392 ch. 2 CC) pour agir en désaveu.

des époux a pris fin pendant sa minorité (art. 256 al. 1 ch. 2 CC). Il est par ailleurs habilité à soutenir l'action en désaveu comme intervenant accessoire au sens des art. 74 à 77 CPC<sup>171</sup>, et est souvent entendu en qualité de témoin dans le procès<sup>172</sup>. La jurisprudence reconnaît au père biologique le droit de recourir contre une décision négative ou un retard à statuer (art. 420 al. 2 CC), pour autant qu'il défende les intérêts de l'enfant<sup>173</sup>.

Se basant sur l'ACEDH Kroon, dans lequel l'impossibilité de contester la paternité fondée sur une présomption découlant du mariage, ce tant pour le père biologique que pour la mère, alors même que le père juridique a disparu, a été condamnée, une partie de la doctrine suisse s'est montrée critique face à l'absence de la qualité pour agir en désaveu du père biologique, soutenant une violation de l'art. 8 CEDH<sup>174</sup>. La CourEDH a infirmé ce raisonnement dans les ACEDH susmentionnés Chavdarov du 21 décembre 2010, Ahrens et Kautzor du 22 mars 2012. Au nom des droits fondamentaux des intéressés, si le père biologique vit avec l'enfant et la mère, il faut néanmoins admettre que l'autorité tutélaire doit reconnaître l'intérêt de l'enfant à agir en désaveu afin d'ouvrir la voie à une reconnaissance par le géniteur<sup>175</sup>.

Il n'en demeure pas moins qu'un assouplissement de l'art. 256 CC s'impose à notre sens ; nous l'avons déjà admis pour la mère et l'enfant<sup>176</sup>. Il n'est en effet pas certain que la soumission des intérêts du père biologique à ceux de l'enfant respecte sur le long terme le droit à la vie familiale du géniteur. Un élargissement de la qualité pour agir en désaveu doit à notre sens être envisagé, à tout le moins dans le but de faire coïncider la filiation juridique avec le lien génétique, si celui-ci se double d'une relation socio-affective vécue<sup>177</sup>.

### 3) *Droit de visite du père biologique ?*

Le droit allemand a été sanctionné car il ne permettait pas d'accorder un droit de visite au père biologique dont l'absence de vie familiale avec ses enfants était imputable au refus de la mère et du père juridique. La CourEDH note que les relations existantes doivent certes être protégées, en l'espèce entre le mari de la mère et les enfants, dont il est présumé le père juridique, mais qu'il faut ménager un juste équilibre entre les droits concurrents au regard de l'art. 8

<sup>171</sup> GUILLOD, CR-CC, N 9 *ad* art. 256 ; MEIER/STETTLER, p. 46, N 82.

<sup>172</sup> GUILLOD/BURGAT, p. 27.

<sup>173</sup> TF 5A\_150/2011, 29.6.2011, c. 3.4.2 ; ATF 121 III 1, JT 1996 I 662. MEIER/STETTLER, p. 46, note 151.

<sup>174</sup> SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 7 *in fine ad* art. 256, se fondant sur l'ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n. 297-C, par. 38. *Contra* : GUILLOD, CR-CC, N 9 *ad* art. 256.

<sup>175</sup> Dans ce sens : GUILLOD, CR-CC, N 9 *in fine ad* art. 256.

<sup>176</sup> Cf. *supra* chap. IV, let. A, ch. 3.

<sup>177</sup> Dans ce sens : GUILLOD, CR-CC, N 2 *ad* art. 256. Voir également : GROSSEN, Père de droit, p. 321 ss.

CEDH lorsque plusieurs individus sont concernés. Elle admet une violation de l'art. 8 CEDH pour ne pas avoir examiné si, dans les circonstances particulières de l'espèce, une relation entre les jumeaux et le requérant aurait été dans l'intérêt des enfants<sup>178</sup>.

En droit suisse, l'art. 274a CC permet dans des « circonstances exceptionnelles » d'octroyer un droit de visite à un tiers si ce droit est nécessaire au vu de l'intérêt de l'enfant<sup>179</sup>. Il est cependant douteux qu'une autorité suisse aurait octroyé un tel droit de visite au père biologique dans un cas comme celui susmentionné<sup>180</sup>. Le Tribunal fédéral est en effet très exigeant, ce droit ne pouvant être octroyé que s'il a des effets positifs pour l'enfant ; il ne suffit pas qu'il ne paraisse pas préjudiciable à ses intérêts<sup>181</sup>. Or, la leçon à tirer de l'ACEDH Anayo est qu'il convient de veiller de manière attentive au droit au respect de la vie familiale du tiers, ici du père biologique, dans la mise en balance des différents intérêts. Selon une approche comparable, la jurisprudence européenne a accepté la suppression d'un droit de visite accordé en particulier à des grands-parents, si l'intérêt de l'enfant l'exige, mais également si cette ingérence dans leur droit à la vie familiale est une nécessité et ne présente pas un caractère disproportionné<sup>182</sup>.

L'arrêt du Tribunal fédéral, qui certes date de 1982, ne pourrait à notre sens plus être rendu aujourd'hui dans la mesure où il reconnaissait le droit de la mère et de l'enfant à ce que le père biologique ne les importune pas ; le juge lui avait interdit, sous la menace des peines pénales, de continuer à prétendre qu'il était le père de l'enfant et de prendre contact avec celui-ci, raisonnement fondé en partie sur l'impossibilité pour le père biologique d'intenter une action en désaveu<sup>183</sup>. Cet arrêt accorde une importance démesurée à la filiation juridique, refusant tout droit à la filiation biologique, ce contrairement à la jurisprudence de la CourDEH.

---

<sup>178</sup> ACEDH Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, par. 21 s. KARPENSTEIN/MAYER, p. 221, N 18.

<sup>179</sup> Refus d'un droit de visite aux grands-parents *in* TF 5A\_355/2009, 3.7.2009 et refus à un beau-père étant donné les rapports conflictuels aigus entre celui-ci et la mère de l'enfant, qui avaient débouché sur des comportements pénalement répréhensibles de la part du recourant *in* TF 5A\_831/2008, 16.2.2009, c. 3.3. En revanche, droit de visite accordé à des tiers malgré l'opposition de la mère, privée du droit de garde, et les soupçons de prosélytisme religieux desdits tiers, témoins de Jehovah *in* ATF 129 III 689, critiqué en doctrine : MEIER/STETTLER, p. 535, note 1973.

<sup>180</sup> Dans ce sens également : MEIER *in* RMA 2011, p. 117 s.

<sup>181</sup> TF 5A\_100/2009, 25.5.2009, c. 2.3, faisant peu cas de la relation nouée par les parents nourriciers avec l'enfant âgé de 8 ans et demi et placé 7 ans chez eux, arrêt dont la conventionnalité est à notre sens partant douteuse. Voir : ACEDH Kopf et Liberda c. Autriche du 17 janvier 2012, la durée de la procédure viole l'art. 8 CEDH et a mené au refus du droit de visite aux parents nourriciers.

<sup>182</sup> Requête n. 12763/87, Lawlor c. Royaume-Uni, DR 57, p. 216 ; Requête n. 8924/80, X. c. Suisse, DR 24, p. 183. GALLUS, p. 80 ss ; VASSEUR-LAMBRY, p. 320.

<sup>183</sup> ATF 108 II 344.

## E) De l'autorité parentale et du droit aux relations personnelles

Avant de cibler ces deux effets spécifiques du lien de filiation, il sied de noter de manière valable pour toutes décisions y relatives que la CourEDH a fondé sur l'art. 8 CEDH des garanties procédurales des droits parentaux ; elle impose aux Etats de donner les moyens aux personnes dont la vie familiale est susceptible d'être atteinte par une décision judiciaire de pouvoir défendre leurs droits dans la procédure<sup>184</sup>. Les parents doivent être dûment impliqués dans le processus décisionnel, avoir accès à tous les éléments du dossier et pouvoir présenter leurs arguments<sup>185</sup>. Un règlement doit en outre intervenir particulièrement rapidement au vu des enjeux<sup>186</sup>. La CourEDH veille à maintenir un juste équilibre entre les souhaits exprimés par les enfants et d'autres facteurs, en particulier les droits du parent<sup>187</sup>. Une audition de l'enfant ou une expertise psychologique n'est pas systématiquement requise<sup>188</sup>. Le Tribunal fédéral s'inspire d'une approche similaire<sup>189</sup> ; dans la procédure d'exécution du droit de visite, l'audition n'est en principe pas à nouveau nécessaire, sous réserve d'une mise en danger grave de l'enfant, en particulier en présence de soupçons d'abus sexuels<sup>190</sup>. Malgré l'absence de fondement

<sup>184</sup> GOUTTENNOIRE, p. 46 s. Sur ces garanties procédurales : GRABENWARTER/PABEL, p. 263, N 57 ss ; HERINGA/ZWAAK, p. 700 s *ad* art. 8 ; MEYER-LADEWIG, p. 215 s, N 78-80, p. 224, N 116.

<sup>185</sup> Respectivement : ACEDH McMichael c. Royaume-Uni du 24 février 1995, série A, n. 307-B, ACEDH T. P. et K. M. c. Royaume-Uni du 10 mai 2001, par. 82, mise à disposition d'office et ACEDH Hoppe c. Allemagne du 5 décembre 2002. GALLUS, p. 76 et réf. note 37.

<sup>186</sup> ACEDH Pontes c. Portugal du 10 avril 2012, par. 80 ; ACEDH K.A.B. c. Espagne du 10 avril 2012, par. 97 ; ACEDH Koudelka c. République Tchèque du 20 juillet 2006, par. 63 ; ACEDH Maire c. Portugal du 26 juin 2003, Recueil 2003-VII, par. 74 ; ACEDH Covezzi et Morselli c. Italie du 9 mai 2003, par. 136 ss ; ACEDH W. c. Royaume-Uni du 8 juillet 1987, série A, n. 121, par. 64 s.

<sup>187</sup> ACEDH Comet c. Finlande du 9 mai 2006 : l'absence de prise en compte de tout autre critère que l'avis de l'enfant enfreint l'art. 8 CEDH. Voir néanmoins sur l'impact de la volonté de l'enfant : ACEDH Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, par. 82 ss ; ACEDH Siemianowski c. Pologne du 6 septembre 2005.

<sup>188</sup> Absence d'audition par le Tribunal conforme l'art. 8 CEDH *in* ACEDH de Grande Chambre Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003, Recueil 2003-VIII, par. 73 ss, invalidant l'ACEDH du 11 octobre 2001. Refus d'ordonner une expertise psychologique conforme à l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Sommerfeld c. Allemagne du 8 juillet 2003, Recueil 2003-VIII, par. 71 ss, et contraire à l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Elsholz c. Allemagne du 13 juillet 2000, Recueil 2000-VIII.

<sup>189</sup> TF 5A\_402/2011, 5.12.2011, c. 5.1, indépendamment d'une requête des parties et de l'établissement des faits, le juge a l'obligation d'informer l'enfant de son droit d'être entendu ; audition requise en principe dès l'âge de 6 ans : TF 5A\_756/2009, 29.1.2010, c. 3.1 ; ATF 131 III 553, audition par le curateur rejetée, pourtant admise *in* TF 5A\_793/2010, 14.11.2011. La renonciation à l'audition d'un enfant de bientôt 7 ans, avant une mesure de placement en institution, compte tenu de l'absence d'influence déterminante sur l'issue du litige, ne respecte pas l'art. 314 ch. 1 CC : Décision de l'autorité tutélaire neuchâteloise du 13 mai 2009 *in* RJN 2009 97. Pour un refus d'une nouvelle audition : TF 5A\_859/2009, 25.5.2010 ; TF 5A\_566/2009, 29.9.2010 ; dans le sens contraire : TF 5A\_50/2010, 6.7.2010. S'agissant de l'expertise, pas de droit subjectif des parties, absence de violation du droit d'être entendu dans le seul fait de renoncer à une expertise au cours d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale *in* TF 5A\_160/2009, 13.5.2009 ; refus d'une expertise non arbitraire *in* TF 5A\_22/2011, 16.2.2011 ; voir également : TF 5A\_146/2011, 7.6.2011, c. 4.2 ; TF 5A\_910/2010, 13.7.2011, c. 7 ; TF 5A\_793/2010, 14.11.2011, c. 2.

<sup>190</sup> TF 5A\_63/2011, 1.6.2011. Cf. MEIER *in* RMA 2011, p. 297.

exprès dans la CEDH d'un droit d'audition et de représentation de l'enfant dans les procédures le concernant, contrairement au texte explicite de l'art. 12 CDE, la jurisprudence de la CourEDH y pallie, belle illustration de son œuvre constructive en faveur de l'enfant.

En matière procédurale, sujet qui dépasse largement le cadre traité ici, on notera que le statut marital des parents de l'enfant influence encore en droit suisse le sort de l'enfant. En effet, le contentieux financier de l'enfant de parents non mariés est soumis au juge alors que l'autorité tutélaire, qui deviendra l'autorité de protection de l'enfant dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013, est en charge de régler les questions liées à l'autorité parentale et aux relations personnelles. Le projet de révision du Code civil conserve cette dichotomie (art. 298b al. 3 P-CC)<sup>191</sup>. Dans le cadre d'une procédure matrimoniale, l'enfant de parents mariés a en revanche accès à un tribunal unique pour trancher l'entier du contentieux. Cette différence de traitement est à notre sens sujette à caution au regard des art. 8 et 14 CEDH.

### 1) *L'autorité parentale*

Selon la CourEDH, le droit national doit permettre aux tribunaux d'examiner si l'exercice en commun de l'autorité parentale est dans l'intérêt de l'enfant même en cas de refus de la mère de consentir à cette attribution conjointe<sup>192</sup>.

Au regard de cette jurisprudence, les art. 298a et 133 al. 3 CC sont contraires à l'art. 14 CEDH en lien avec l'art. 8 CEDH, en ce qu'ils exigent dans tous les cas l'accord des deux parents pour l'institution ou le maintien de l'autorité parentale conjointe<sup>193</sup>. A teneur du texte légal, l'autorité tutélaire dans le premier cas et le juge du divorce dans le second n'ont en effet pas la possibilité d'examiner à la demande d'un parent si l'autorité parentale conjointe est dans l'intérêt de l'enfant malgré le refus opposé par l'autre parent.

L'autorité saisie suisse doit corriger ce vice en instruisant, à la demande du père, une requête d'autorité parentale conjointe même en l'absence d'accord de la mère ; l'existence de conflits importants entre les parents ou une absence totale de coopération seront prises en compte dans le cadre de l'appréciation de l'ensemble des circonstances importantes pour le bien de l'enfant<sup>194</sup>. La

---

<sup>191</sup> Projet, FF 2011 8351 : <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2011/8351.pdf> consulté le 9 avril 2012.

<sup>192</sup> ACEDH Sporer c. Autriche du 3 mai 2011 lequel confirme l'ACEDH Zaunegger du 3 décembre 2009 condamnant l'Allemagne pour inégalité de traitement au détriment du père non marié séparé ; ce pays a mis six mois pour rendre sa législation compatible avec la CEDH. KARPENSTEIN/MAYER, p. 230, N 53.

<sup>193</sup> TF 5A\_246/2010, 9.7.2010, cf. MEIER, Résumé juillet à octobre 2010, p. 450 relevant que le Tribunal fédéral s'en tient à tort à la solution légale de l'art. 298a CC non conforme à la jurisprudence de Strasbourg. Déjà critique sur la conventionnalité des conditions posées à l'autorité parentale conjointe : PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 272 ss et réf., critique détaillée *in* Droits, p. 394.

<sup>194</sup> MEIER, Zaunegger, p. 255.

Cour d'appel de Bâle-Ville, dans une décision du 12 avril 2011 qui peut être saluée, a fait sienne cette interprétation<sup>195</sup>. Le Tribunal fédéral a tout d'abord laissé la question ouverte s'agissant de l'art. 133 al. 3 CC<sup>196</sup>. Dans un arrêt du 11 août 2011, de manière surprenante, il semble néanmoins réserver les effets de l'ACEDH Zaunegger aux parents non mariés et rejeter une potentielle application par analogie aux parents divorcés ; il refuse partant la demande du père d'entrer en matière sur une autorité parentale conjointe au nom de l'égalité entre les parents dans le cadre d'une attribution exclusive selon l'art. 133 al. 1 CC<sup>197</sup>. Les conséquences des ACEDH Sporer et Zaunegger s'étendent sans conteste à notre sens à l'enfant de parents divorcés au risque de créer une discrimination entre parents non mariés séparés et parents mariés en instance de divorce<sup>198</sup>.

A nouveau se pose la question de l'ampleur des effets de cette jurisprudence. Iraient-ils jusqu'à imposer le maintien automatique de l'autorité parentale conjointe pour les parents divorcés et/ou l'institution automatique d'une telle autorité pour les parents non mariés ?

« Que de nos jours l'exercice de l'autorité parentale conjointe reste dépendant du statut des parents est un anachronisme »<sup>199</sup>. L'égalité de principe des parents légitimes ou naturels dans l'exercice de l'autorité parentale, après séparation également, doit faire l'objet à notre sens d'une affirmation sans réserve au nom du « principe de l'égalité des liens de famille de l'enfant naturel »<sup>200</sup>. Nous pensons ainsi que la non-institution automatique de l'autorité parentale conjointe pour les parents non mariés et l'absence du maintien de l'autorité parentale conjointe pour les parents divorcés ne sont guère compatibles avec les art. 14 et 8 CEDH<sup>201</sup>. Le maintien de la coparentalité en cas de séparation ou de divorce du couple marié fait d'ailleurs l'objet de peu de controverse<sup>202</sup>. L'exercice par principe conjoint des responsabilités parentales, l'exercice unilatéral pouvant se justifier au nom de l'intérêt de l'enfant, découle au demeurant également pour les époux séparés

<sup>195</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Bâle-Ville, 12.4.2011 (VD.2010.206), relatif à l'application de l'art. 298a CC, in RMA 2011, p. 430. Voir également un arrêt du *Bundesgericht* allemand du 21 juillet 2010 : BvR 420/09, in FamPra 2010, p. 936 ss.

<sup>196</sup> TF 5A\_72/2011, 22.6.2011, c. 2.2.2 in fine.

<sup>197</sup> TF 5A\_420/2010, 11.8.2011, c. 3.2. Voir également : TF 5A\_497/2011, 5.12.2011, c. 2.5.

<sup>198</sup> MEIER, Zaunegger, p. 256, ch. 11 : « on créerait une véritable discrimination (à rebours) » ; PAPAUX VAN DELDEN, Restrictions, note 217.

<sup>199</sup> Déjà soutenu il y a environ dix ans : PAPAUX VAN DELDEN, Influence, p. 270.

<sup>200</sup> VASSEUR-LAMBRY, p. 417. Voir également : HAUSER, p. 326. Néanmoins sur l'admission d'un système permettant d'identifier les pères « méritants » vis-à-vis de leur enfant naturel : ACEDH McMichael c. Royaume-Uni du 24 février 1995, série A, n. 307-B, certes déjà contesté à l'époque, cf. SENAËVE, p. 28 ; Requête n. 22920/93, M.B. c. Royaume-Uni, DR 77-B, p. 108.

<sup>201</sup> *Contra* : MEIER, Zaunegger, p. 255, ch. 5.

<sup>202</sup> Le constatant : GALLUS, p. 72.

ou divorcés de l'art. 5 du Protocole n° 7, qui prévoit l'égalité fondamentale des époux notamment quant aux droits parentaux<sup>203</sup>.

De la question du partage de l'autorité parentale découle celle du partage de la garde. Le droit à une résidence alternée a accédé selon nous au rang de principe sous le prisme des art. 8 et 14 CEDH, soit à la lumière du droit à l'égalité dans l'effectivité des droits parentaux<sup>204</sup>. Un tel principe permet d'imposer une garde alternée contre la volonté d'un parent, au nom de l'intérêt de l'enfant, conclusion qui poursuit celle à tirer de l'ACEDH Zaunegger, lequel certes traite du seul partage de l'autorité parentale mais « relativise la portée de l'opposition d'un parent et rappelle que toute décision doit se prendre à l'aune du bien de l'enfant »<sup>205</sup>. La jurisprudence de Strasbourg remet en cause à notre sens la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle une garde alternée présuppose l'accord des deux parents<sup>206</sup>. L'arrêt des juges de Mon Repos, qui reste muet sur l'exigence de cet accord et partant pourrait laisser entendre une relativisation de cette condition, suit la bonne direction<sup>207</sup>.

A la lumière des principes énoncés, la modification en cours du Code civil doit être analysée. Dans le rapport relatif à la révision du Code civil (autorité parentale) et du Code pénal (art. 220), l'instauration de l'autorité parentale conjointe comme principe, tant pour les parents divorcés que pour les parents non mariés, apparaissait comme évidente<sup>208</sup>. Pour les parents non mariés ensemble, l'avant-projet prévoyait ainsi qu'en cas de reconnaissance, l'autorité parentale était octroyée de plein droit aux deux parents. Cet automatisme était en harmonie avec la jurisprudence strasbourgeoise. La dernière proposition du Conseil fédéral de modifier le Code civil afin que l'autorité parentale soit conjointe indépendamment de l'état civil des père et mère (art. 296 al. 2 P-CC) est à saluer ; le Conseil fédéral revient néanmoins sur l'automatisme dans l'attribution de l'autorité parentale à des parents non mariés dès lors que le père reconnaît l'enfant, en exigeant une déclaration commune (art. 298a P-CC)<sup>209</sup>. Bien que solution dite évidente, il est renoncé à l'instauration d'une attribution automatique. Le remaniement du projet a pour conséquence que la

<sup>203</sup> HAUSER, p. 324. L'art. 5 du Protocole 7 n'est pas applicable en dehors des liens du mariage, *cf.* également : PETTITI, p. 33, 37 ss sur les garanties spécifiques de cette disposition.

<sup>204</sup> A tout le moins en passe de devenir un principe selon GALLUS, p. 75 et HAUSER, p. 328.

<sup>205</sup> MEIER, Résumé juillet à octobre 2011, p. 486 *in fine*, lequel ne voit pas en quoi cet ACEDH pourrait imposer une garde alternée, alors qu'il porte à son avis sur l'autorité parentale et non sur la garde effective.

<sup>206</sup> TF 5C.11/2006, 9.2.2007 ; TF 5P.345/2005, 23.12.2005 ; TF 5P.103/2004, 7.7.2004.

<sup>207</sup> TF 5A\_63/2011, 1.6.2011. *Cf.* MEIER *in* RMA 2011, p. 297.

<sup>208</sup> Rapport p. 2, *cf.* [http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/elterliche\\_sorge/vn-ber-f.pdf](http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/elterliche_sorge/vn-ber-f.pdf) consulté le 9 avril 2012.

<sup>209</sup> Message du Conseil fédéral concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale) du 16 novembre 2011 : <http://www.admin.ch/ch/ff/2011/8315.pdf> consulté le 9 avril 2012. Pour le projet, *cf. supra* note 191.

mère seule détient l'autorité parentale si elle est célibataire, comme c'est le cas actuellement (art. 298 al. 1 CC). L'autorité parentale sera partagée uniquement si la mère déclare qu'elle y consent ou si le juge en décide ainsi sur demande du père (art. 298a et 298b P-CC). Or, seules de très fortes raisons peuvent conduire à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur la naissance hors mariage<sup>210</sup>. Là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit en effet agir de manière à permettre l'intégration de plein droit de l'enfant dans la cellule familiale, et ce dès la naissance<sup>211</sup>. Dans le projet du Conseil fédéral, le mariage continue à créer une présomption de capacité à la titularité de l'autorité parentale qui ne trouve pas son pendant dans la famille naturelle<sup>212</sup>. En cas de désaccord de la mère, le père supportera la charge probatoire. Or, de la jurisprudence de la CourEDH se dégage l'exigence d'égalité entre parents légitimes et naturels dans la titularité de l'autorité parentale, et ce même après séparation ; les art. 5 et 18 CDE ne font de surcroît aucune différence entre parents mariés ou concubins s'agissant de la responsabilité commune des père et mère d'élever l'enfant<sup>213</sup>. Nous regrettons ainsi cette nouvelle teneur.

Enfin, dans le cadre de l'attribution exclusive de l'autorité parentale, les autorités nationales doivent veiller à motiver *in concreto* leur conclusion sans se laisser guider par des appréciations générales et abstraites liées en particulier aux orientations spirituelles, sexuelles ou personnelles du père ou de la mère<sup>214</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant exige un examen du cas particulier à la lumière de la spécificité des circonstances concrètes. Le Tribunal fédéral reconnaît que l'attribution des enfants à l'un des parents en cas de divorce ou de séparation constitue une atteinte grave au droit au respect de la vie familiale de l'autre parent<sup>215</sup>. La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre

<sup>210</sup> ACEDH Sommerfeld c. Allemagne du 8 juillet 2003, Recueil 2003-VIII, par. 93 ; ACEDH Mazurek du 1<sup>er</sup> février 2000, Recueil 2000-II, par. 49 ; ACEDH Camp et Bourimi c. Pays-Bas du 3 octobre 2000, Recueil 2000-X, par. 37 s.

<sup>211</sup> Cf. *supra* chap. III, let. B, ch. 2.

<sup>212</sup> Dénonçant de telles différences : GALLUS, p. 74 ; VASSEUR-LAMBRY, p. 441.

<sup>213</sup> Le notant également : GALLUS, p. 75.

<sup>214</sup> ACEDH Salegueiro Da Silva Mouta c. Portugal du 21 décembre 1999, Recueil 1999-IX, violation des art. 8 et 14 CEDH compte tenu de la distinction fondée sur l'orientation sexuelle ; ACEDH Palau-Martinez c. France du 16 décembre 2003, Recueil 2003-XII et ACEDH Hoffmann c. Autriche du 23 juin 1993, série A, n. 255-C, violation aussi des art. 8 et 14 CEDH, la différence de traitement étant fondée sur l'appartenance à la communauté religieuse des témoins de Jéhovah, cf. BERGER, p. 464 ss, réf. bibliographiques p. 466 s. GALLUS, p. 77 ss ; PETTITI, p. 36 s.

<sup>215</sup> ATF 136 I 178, c. 5.2, selon lequel en présence de capacités éducatives égales, l'attribution de la garde de l'enfant à la mère ne viole pas l'art. 8 CEDH, quand bien même la mère ne favorise pas les contacts avec le père ; voir le commentaire de cet arrêt par BURGAT *in* RDAF 2011 I 389 s.

parent ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel<sup>216</sup>. Cette pesée concrète des intérêts en présence respecte les exigences de la CourEDH.

## 2) *Le droit aux relations personnelles et son exécution*

### a) Les principes régissant le droit aux relations personnelles

Le droit aux relations personnelles fait partie des droits de la personnalité et du droit au respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH tant du parent que de l'enfant<sup>217</sup>. La CourEDH ont eu maintes occasions de se prononcer sur les obligations positives à la charge des Etats au titre de cette disposition pour faire respecter le droit de l'enfant et du parent à entretenir des relations<sup>218</sup>. L'art. 9 al. 3 CDE oblige de même chaque Etat partie à respecter le droit de l'enfant séparé de ses deux parents, ou de l'un d'eux, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sous la seule réserve de son intérêt supérieur. Les art. 273 et suivants CC concrétisent en droit interne le droit fondamental aux relations personnelles protégé par l'art. 8 par. 1 CEDH et qui peut être limité aux conditions de l'art. 8 par. 2 CEDH. Ce droit n'est en effet pas absolu (*cf.* art. 273 al. 1 *in fine* CC), mais guidé par les exigences du bien de l'enfant<sup>219</sup>.

En cas de séparation parentale, l'art. 8 CEDH inclut ainsi le droit pour le parent non investi du droit de garde de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec lui<sup>220</sup>. Le juge en fixant les modalités du droit de visite doit veiller à respecter la situation concrète, en particulier à prévoir un moment compatible avec l'horaire de travail du parent et un lieu adéquat<sup>221</sup>. Lorsque

---

<sup>216</sup> TF 5A\_793/2010, 14.11.2011, c. 4.1 ; TF 5A\_381/2011, 10.11.2011, c. 3.3.1 ; TF 5A\_602/2011, 10.11.2011, c. 2.2 ; TF 5A\_831/2010, 14.11.2011, c. 3.1.2 ; ATF 136 I 178, c. 5.3 ; TF 5A\_823/2008, 27.3.2009.

<sup>217</sup> MEIER/STETTLER, p. 398 s, N 689 et note 1480, le Tribunal fédéral ayant admis qu'il s'agissait aussi d'un droit de l'enfant *in* ATF 127 III 295 c. 4.

<sup>218</sup> Violation de l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Zawadka c. Pologne du 23 juin 2005 et ACEDH Koudelka c. République Tchèque du 20 juillet 2006.

<sup>219</sup> TF 5A\_432/2011, 20.9.2011 c. 2.2 ss, si le Tribunal fédéral examine librement la conformité de la décision à l'art. 8 CEDH, il s'impose une certaine retenue face aux jugements fondés sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure, recours admis en l'espèce vu l'impossibilité de déterminer les éléments qui avaient mené à instituer un droit de visite accompagné limité à 1 jour par mois sur un enfant âgé d'un an.

<sup>220</sup> ACEDH Fourchon c. France du 28 juin 2005, par. 25 ; ACEDH Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, série A, n. 138, par. 20 s. MEYER-LADEWIG, N 53 *ad* art. 8 CEDH.

<sup>221</sup> ACEDH Gluhakovic c. Croatie du 12 avril 2011, violation de l'art. 8 CEDH. TF 5A\_160/2011, 29.3.2011, pour un droit de visite de 4 heures le soir une fois par mois jugé adéquat ; TF 5A\_644/2010, 28.2.2011 : inadéquation d'un droit de visite s'exerçant un week-end sur deux et impliquant un trajet d'environ 850 km en train. Sur le lien entre vacances et droit de visite et la

l'enfant est privé de tout contact avec l'un de ses parents depuis ses premières années, des exigences peu élevées doivent être posées pour modifier le jugement de divorce sur ce point, les démarches introduites par le père constituant un fait nouveau suffisant pour instaurer un droit de visite minimal en vue de permettre à l'enfant de le connaître<sup>222</sup>. Les conditions mises à l'exercice du droit de visite aux fins de pallier un risque concret d'enlèvement de l'enfant sont au demeurant compatibles avec l'art. 8 CEDH<sup>223</sup>. Le droit aux contacts personnels sert en priorité l'intérêt de l'enfant, un droit de visite surveillé devant être privilégié par rapport à une suppression totale, qui constitue l'*ultima ratio*<sup>224</sup>. L'Etat a en effet également un devoir de protéger l'enfant<sup>225</sup>. Ainsi, des mesures d'éloignement fondées sur l'art. 28b CC en raison de violences et de harcèlement impliquent une mise en danger concrète du bien des enfants ; l'autorité ne saurait sans arbitraire attribuer un droit de visite libre et non surveillé au père violent<sup>226</sup>. Si des enfants plus âgés refusent la relation personnelle en raison d'expériences violentes, il y a lieu de le respecter<sup>227</sup>.

L'enfant n'est certes pas libre de décider s'il veut ou non du droit de visite, en particulier lorsque son choix est fortement influencé par le parent gardien ; son avis doit cependant être pris en compte et il joue un rôle déterminant lorsque l'enfant est déjà âgé<sup>228</sup>. Le droit aux relations personnelles étant aujourd'hui reconnu comme aussi lié à la personnalité de l'enfant, les désirs et

---

licéité d'une réglementation excluant la compensation des jours de visite manqués : TF 5A\_381/2010, 21.7.2010.

<sup>222</sup> TF 5A\_101/2011, 7.6.2011, c. 3.2.1.

<sup>223</sup> TF 5A\_830/2010, 30.3.2011, c. 5.5 et réf. jurisprudentielles.

<sup>224</sup> TF 5A\_716/2010, 23.2.2011 ; TF 5A\_101/2011, 7.6.2011 ; TF 5A\_833/2010, 3.3.2011 ; TF 5A\_92/2009, 22.4.2009 ; TF 5A\_398/2009, 6.8.2009.

<sup>225</sup> ACEDH Z.et autres c. Royaume-Uni du 10 mai 2001, Recueil 2001-V, violation de l'art. 3 CEDH, selon lequel nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, pour ne pas avoir retiré les enfants de la famille. Placement et limitation des droits parentaux justifiés *in* Couillard Maugery c. France du 1<sup>er</sup> juillet 2004. Sur la suspension du droit de visite fixé par le juge matrimonial en cas de danger grave pour le bien de l'enfant selon l'art. 315a ch. 2 CC : TF 5A\_805/2009, 26.2.2010, et pour une mise en œuvre de la clause péril par les services genevois aux fins de prendre à temps les mesures immédiatement nécessaires à la protection de l'enfant : TF 5A\_242/2009, 9.9.2009.

<sup>226</sup> TF 5A\_377/2009, 3.9.2009.

<sup>227</sup> TF 5A\_716/2010, 23.2.2011 : exclusion du droit de visite envers des enfants de 12, 14 et 16 ans.

<sup>228</sup> ACEDH Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, série A, n. 299-A, par. 61 s : un enfant de 12 ans est suffisamment mûr pour que l'on n'autorise pas des visites contre son gré ; ACEDH Bronda c. Italie du 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, par. 62, où la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, âgée de 14 ans, a toujours manifesté fermement sa volonté de ne pas quitter sa famille d'accueil, l'intérêt de l'enfant l'emportant sur celui de ses grands-parents. Limites de mesures fixées d'autorité sur un enfant de 16 ans : TF 5A\_350/2009, 8.7.2009. Respect de la volonté d'enfants de 12 ans et plus *in* TF 5C.298/2006, 21.2.2007, TF 5C.250/2005, 3.1.2006 et TF 5C.293/2005, 6.4.2006. Pour une opposition non suivie d'un enfant de 12 ans : TF 5A\_331/2009, 6.7.2009.

opinions justifiés de ce dernier prennent en effet plus d'importance<sup>229</sup>. La jurisprudence de la CourEDH en est le témoin<sup>230</sup>. Dans l'affaire citée en marge, la portée accordée à la volonté de l'enfant reste néanmoins critiquable, dans la mesure où elle fait subir au père les conséquences préjudiciables d'une situation de fait née de l'inertie procédurale des autorités pendant un délai, de surcroît jugé déraisonnable<sup>231</sup>. Il convient de se garder de donner à la parole de l'enfant un pouvoir de veto absolu<sup>232</sup>. Dans ce sens, la seule volonté de l'enfant, même capable de discernement, ne suffit pas à fonder une modification du jugement de divorce<sup>233</sup>. En outre, dès que l'enfant est capable de discernement, soit en principe dès 12 ans, il peut agir seul en justice pour faire valoir des droits relevant de sa personnalité, dont la réglementation du droit de visite<sup>234</sup>.

## b) L'exécution du droit aux relations personnelles

Les autorités ont la charge de prendre des mesures suffisantes et adéquates pour faciliter l'exercice des droits parentaux<sup>235</sup>. Le droit de visite tel qu'il est prévu doit être respecté au risque de violer les droits de son titulaire. L'effectivité de ce droit conduit la CourEDH à imposer aux Etats une obligation positive de prendre les mesures propres à assurer son exécution. Les juges de Strasbourg ont en effet à cœur de garantir des droits concrets et effectifs, et non pas seulement théoriques et illusoires<sup>236</sup>. Les autorités ont ainsi la charge de fixer un calendrier des rencontres ; elles sont responsables de l'ineffectivité des décisions ou mesures qui auraient été prises et ne sauraient se retrancher derrière l'animosité entre les parents et le refus de l'enfant de

<sup>229</sup> MEIER/STETTLER, p. 401 s, N 691 et note 1495. Sur le refus des relations parentales de la part de l'enfant et sur les stratégies de traitement : STAUB, p. 369 ss.

<sup>230</sup> ACEDH Siemianowski du 6 septembre 2005, rejet du recours fondé sur l'art. 8 CEDH car l'enfant, ayant atteint 13 ans, était capable de prendre ses propres décisions quant à ses contacts avec son père, lesquels ne dépendaient alors plus de la seule volonté de la mère.

<sup>231</sup> ACEDH Siemianowski du 6 septembre 2005, admission d'une violation de l'art. 6 par. 1 CEDH compte tenu d'une procédure relative au droit de visite ayant duré près de 5 ans. Aussi critique : GALLUS, p. 66.

<sup>232</sup> ACEDH C. c. Finlande du 9 mai 2006 condamnant sur la base de l'art. 8 CEDH le processus décisionnel qui avait donné de fait un droit de veto absolu aux enfants. Sur l'impact de la parole de l'enfant : GALLUS, p. 83 ss.

<sup>233</sup> TF 5A\_697/2009, 4.3.2010, c. 3.2.

<sup>234</sup> ATF 120 Ia 369, c. 1, recourant âgé de 12 ans que l'on entendait contraindre à voir son père. La capacité de discernement peut être acquise plus tôt selon les circonstances, cf. TF 5C.51/2005, 2.9.2005, c. 2.2, à 10 ans et demi sur la base d'une attestation médicale d'un pédopsychiatre.

<sup>235</sup> Mesures jugées insuffisantes entraînant une violation de l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Küçük c. Turquie et Suisse du 17 mai 2011, ACEDH K. c. Slovaquie du 7 juillet 2011 et ACEDH Zoltán Németh c. Hongrie du 14 juin 2011. MEIER/STETTLER, p. 398 s, N 689 note 1481 pour des réf. à l'abondante jurisprudence de la CourEDH en cette matière. Pour une suppression justifiée d'une surveillance du droit de visite : TF 5A\_220/2009, 30.6.2009.

<sup>236</sup> ACEDH K.A.B. c. Espagne du 10 avril 2012, par. 96 ; ACEDH Cengiz Kılıç c. Turquie du 6 décembre 2011, par. 124 ; ACEDH Kuşcuoglu c. Turquie du 3 novembre 2011, par. 107. Et ce depuis longtemps : ACEDH Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, série A, n. 32, par. 24 et réf.

voir le parent<sup>237</sup>. Il est ainsi attendu de l'Etat que soient prises des mesures pratiques visant à encourager les parties à coopérer dans l'exécution des modalités de visite et à assurer l'assistance d'agents étatiques, au besoin dans l'accompagnement pour l'exercice du droit de visite<sup>238</sup>. Partant, la CourEDH procède à un contrôle de l'exécution par les autorités étatiques des décisions de justice octroyant un droit de visite à un parent et elle examine s'il peut être reproché aux autorités une responsabilité fautive dans le défaut d'exécution<sup>239</sup>. Les juges de Strasbourg reconnaissent néanmoins que l'obligation à charge des Etats n'est pas absolue ; ils admettent en particulier que des mesures coercitives à l'égard des enfants « ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat »<sup>240</sup>. La jurisprudence du Tribunal fédéral est peu claire, le recours à la force publique semblant néanmoins exclue depuis une décision de 2007<sup>241</sup>.

Pour la CourEDH, les réserves face à un droit de visite exercé par la contrainte ne valent en revanche pas pour les injonctions à l'intention du parent gardien qui fait obstruction. Il appartient à chaque Etat de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'art. 8 CEDH, consistant en particulier à permettre le maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents, ce par le biais de mesures incitatives et le cas échéant répressives. Les Etats disposent à cet effet d'une large marge d'appréciation quant au choix des moyens. Le recours à des sanctions ne doit toutefois pas être écarté en cas de comportement manifestement illégal du parent avec lequel vit l'enfant, le caractère adéquat d'une mesure se jugeant également par la rapidité de sa

<sup>237</sup> ACEDH Kuşçuoğlu c. Turquie du 3 novembre 2011 et ACEDH Bove c. Italie du 30 juin 2005 : violation de l'art. 8 CEDH. Décision d'irrecevabilité Zuodar c. Suisse du 7 septembre 2000, pour défaut manifeste de fondement d'une requête tendant à voir dans une décision d'exécution du droit de visite du père à l'encontre de son fils une violation de l'art. 8 CEDH, privant de manière regrettable d'une décision sur le fond, *cf.* dans ce sens également : HOTTETIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 196, note 6.

<sup>238</sup> ACEDH Cengiz Kılıç c. Turquie du 6 décembre 2011, sur l'exigence d'une médiation civile déduite de l'art. 8 CEDH ; ACEDH Zawadka c. Pologne du 23 juin 2005 : violation de l'art. 8 CEDH, l'Etat n'ayant pas davantage pu arguer de ce que le requérant avait tenté de faire justice lui-même en enlevant l'enfant pendant plus d'une année.

<sup>239</sup> Violation de l'art. 8 CEDH vu l'observation du droit de visite du père auquel les grands-parents ont fait totale obstruction *in* ACEDH Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, série A, n. 299-A, par. 62. Egalement violation de l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Fiala c. République Tchèque du 18 juillet 2006, ACEDH Reigado Ramos c. Portugal du 22 novembre 2005 et ACEDH Karadžić c. Croatie du 15 décembre 2005. Violation de l'art. 6 CEDH *in* ACEDH Plasse-Bauer c. France du 28 février 2006 en raison de l'inexécution de l'arrêt de la Cour d'appel concernant les modalités du droit de visite accordé à la requérante. GALLUS, p. 76 et réf. note 38 ; MEYER-LADEWIG, p. 224, N 116 relève qu'il n'est pas rare que si l'art. 8 CEDH est violé, il en va de même de l'art. 6 CEDH.

<sup>240</sup> ACEDH Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, par. 70 ; ACEDH Cengiz Kılıç c. Turquie du 6 décembre 2011, par. 124 ; ACEDH Nistor c. Roumanie du 2 novembre 2010, par. 104 ; ACEDH Zavřel c. République Tchèque du 18 janvier 2007, par. 52 ; ACEDH Fiala c. République Tchèque du 18 juillet 2006, par. 100 ; ACEDH Karadžić c. Croatie du 15 décembre 2005, par. 61 ; ACEDH Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, CEDH 2000-I, par. 106.

<sup>241</sup> TF 5A\_107/2007, 16.11.2007. Sur la procédure d'exécution forcée du droit de visite : MEIER/STETTLER, p. 450 ss, N 770 ss et réf. notes 1695 à 1698 à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

mise en œuvre<sup>242</sup>. Le montant des sanctions doit être suffisamment important pour être susceptible d'amener le parent à changer d'attitude<sup>243</sup>. L'inaction est injustifiable ; une mesure coercitive à l'encontre du parent qui fait obstruction, telle une astreinte, doit être prise ou toute autre mesure de nature à faire évoluer la situation de blocage<sup>244</sup>.

On peut d'ailleurs se demander si de l'ACEDH Nistor ne découle pas une obligation d'exécution du droit de visite. Dans ce cas extrême, une tentative d'exercice forcé de ce droit par huissier judiciaire et avec l'aide de la police échoua ; l'enfant aurait même menacé de se suicider. Il était donc recommandé de ne plus le contraindre à la réalisation du droit de visite. Ce constat aurait cependant dû, non pas arrêter les autorités compétentes dans leurs démarches, mais les motiver pour organiser des contacts préparatoires entre les parties et l'enfant et solliciter davantage le concours de pédopsychiatres ou de psychologues afin de remédier à la situation. Or, aucune mesure n'a été proposée par la suite pour rendre effectif le droit de visite qui n'avait pas été exercé depuis plusieurs mois. La CourEDH, tout en étant consciente que les difficultés provenaient pour une large part de l'animosité entre les parties, note que plus particulièrement lorsque la situation est conflictuelle les autorités sont appelées à intervenir, sans toutefois qu'une obligation de résultat pèse à leur charge. Nonobstant la marge d'appréciation dont jouissent les autorités compétentes en la matière, l'impossibilité pour les requérants d'exercer leur droit de visite s'est analysée en une atteinte disproportionnée au droit au respect de leur vie familiale<sup>245</sup>.

Or, en Suisse, les praticiens dénoncent qu'une décision, instituant un droit de visite en faveur du parent non gardien et de l'enfant, ne garantit de loin pas, dans tous les cas, que des contacts personnels aient bel et bien lieu<sup>246</sup>. En règle

<sup>242</sup> ACEDH Cengiz Kılıç c. Turquie du 6 décembre 2011, par. 125 et 131 ; ACEDH Kuşçuoğlu c. Turquie du 3 novembre 2011, par. 108 ; ACEDH Mincheva c. Bulgarie du 2 septembre 2010, par. 84 ; ACEDH Zavřel c. République Tchèque du 18 janvier 2007, par. 52 ; ACEDH Fiala c. République Tchèque du 18 juillet 2006, par. 98 ; ACEDH Maire c. Portugal du 26 juin 2003, Recueil 2003-VII, par. 76. S'agissant de la nécessité de prendre des mesures préparatoires : ACEDH Lyubanova c. Bulgarie du 18 octobre 2011, par. 60 ; ACEDH Bergmann c. République tchèque du 27 octobre 2011, par. 59 ; ACEDH Mincheva c. Bulgarie du 2 septembre 2010, par. 83 ; ACEDH Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, CEDH 2000-I, par. 105 et 112.

<sup>243</sup> ACEDH Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, par. 81 ; ACEDH Bordeianu c. Moldavie du 11 janvier 2011, par. 78 ; ACEDH Reigado Ramos c. Portugal du 22 novembre 2005, par. 55 sur le caractère trop modeste de l'amende, inapte à satisfaire les obligations positives au sens de l'art. 8 CEDH.

<sup>244</sup> ACEDH Tsikakis c. Allemagne du 10 février 2011, par. 81 s.

<sup>245</sup> ACEDH Nistor c. Roumanie du 2 novembre 2010, par. 110. Voir également : ACEDH Bergmann c. République Tchèque du 27 octobre 2011 ; ACEDH Cengiz Kılıç c. Turquie du 6 décembre 2011 et ACEDH Kuşçuoğlu c. Turquie du 3 novembre 2011. Pour un cas récent à la conclusion opposée : ACEDH Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012.

<sup>246</sup> Sur les critiques de la pratique s'agissant du respect du droit de visite et de l'absence de véritables sanctions, *cf.* Rapport de synthèse portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs, publié en mai 2005 par l'OFJ, ch. 11.8. MEIER/STETTLER, p. 450, note 1692.

générale, l'exécution du droit de visite se limite en pratique à une injonction par l'autorité<sup>247</sup>, voire sous la menace de peine fondée sur l'art. 292 du Code pénal (ci-après : CP)<sup>248</sup>, soit une amende en cas de récidive.

L'Etat, en particulier par le biais des autorités tutélaires, doit tout entreprendre pour faire comprendre au parent réfractaire l'importance de relations personnelles continues et harmonieuses avec l'enfant<sup>249</sup>. Le parent négligent peut être rappelé à ses devoirs par l'autorité tutélaire au sens des art. 307 CC et 273 al. 2 CC, lorsque le non-exercice du droit de visite porte préjudice à l'enfant ; on est toutefois loin d'une exécution forcée et une telle approche ne suffit pas au titre des obligations positives découlant de l'art. 8 CEDH<sup>250</sup>. Le Tribunal fédéral s'est récemment montré plus directif dans deux arrêts ordonnant aux parents sur la base de l'art. 307 al. 3 CC, et sous les peines de droit pénal, dans le cadre de mesures de protection de l'enfant même contre l'avis d'un des deux parents, et dans une procédure de divorce à une mère, de suivre une thérapie spécialisée<sup>251</sup>. Il a également précisé qu'une curatelle éducative pour la surveillance des relations personnelles au sens de l'art. 308 CC devrait toujours être instituée en présence d'un grave danger que des difficultés surgissent dans l'exercice du droit de visite<sup>252</sup>. La direction prise par ces décisions est appuyée par la jurisprudence de Strasbourg. Un retrait du droit de garde en raison de difficultés dans l'exercice du droit de visite peut également être prononcé dans le respect du principe de proportionnalité<sup>253</sup>. Lorsqu'un déménagement met le bien de l'enfant sérieusement en danger, l'autorité tutélaire a en outre la faculté d'interdire le départ à l'étranger sur la base de l'art. 307 al. 3 CC<sup>254</sup>. En doctrine, des mesures sont proposées pour

<sup>247</sup> TF 5A\_656/2010, 13.1.2011 : suspension du droit de visite pour 6 mois dans le but d'un retour à la normale, menace de mesures complémentaires des art. 273 al. 2 et 307-311 CC. Sur l'insuffisance d'une injonction : ACEDH Cengiz Kiliç c. Turquie du 6 décembre 2011, par. 131 *in fine*.

<sup>248</sup> RS 311.0. Le CP date du 21 décembre 1937 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1942.

<sup>249</sup> GUGLIEMONI/MAURI/TREZZINI, p. 45 ss.

<sup>250</sup> *Kantonsgericht St. Gallen* du 11 mai 2009, BF.2009.5 (SG) *in Fampra* 2009, p. 1085 : les instructions au sens de l'art. 273 al. CC, ayant pour objet d'inciter les parents à faire preuve de manière générale d'un bon comportement l'un envers l'autre ainsi qu'envers le curateur, ne sont ni nécessaires ni efficaces ; la menace de sanctions pénales liées à celles-ci viole ainsi le principe de la légalité des délits et des peines.

<sup>251</sup> Respectivement : TF 5A\_457/2009, 9.12.2009, c. 4.3 et TF 5A\_140/2010, 11.6.2010, c. 3 : obligation de suivre une thérapie auprès d'un thérapeute spécialisé dans le *Parental Alienation Syndrom* (PAS). Voir également : TF 5A\_615/2011, 5.12.2011.

<sup>252</sup> TF 5A\_793/2010, 14.11.2011, c. 5.

<sup>253</sup> TF 5A\_238/2010, 11.6.2010 où il est renoncé à une telle mesure. Sur le lien entre des enfants victimes du *Parental Alienation Syndrome* et le transfert du droit de garde : TF 5A\_354/2010, 6.4.2011. La CourEDH accepte l'application de ce syndrome : ACEDH Zavřel c. République Tchèque du 18 janvier 2007, par. 52 ; ACEDH Koudelka c. République Tchèque du 20 juillet 2006, par. 62. Cette théorie ne fait toutefois pas l'unanimité, cf. pour les plus extrêmes réserves : MEIER/STETTLER, p. 451 ss, N 771 et note 1703.

<sup>254</sup> ATF 136 III 353, c. 3.3, JdT 2010 I 491. Des circonstances particulières mettant en danger le bien de l'enfant doivent être établies pour que le dépôt du passeport soit ordonné : TF 5A\_425/2011,

tendre à l'exercice effectif du droit de visite, comme l'augmentation ponctuelle de la pension alimentaire ou des dommages et intérêts, en particulier si le parent gardien doit recourir à une garde extérieure pour pallier les carences du titulaire du droit<sup>255</sup>.

Enfin, l'enfant fait l'objet d'une protection du droit pénal. Les art. 123 ch. 2 al. 2 et 126 al. 2 CP prévoient une protection particulière pour l'enfant sur lequel sont commises des lésions corporelles simples ou des voies de fait ; une violation du devoir d'éducation tombe au demeurant sous le coup de l'art. 219 CP si le comportement délictueux met en danger le développement physique ou psychique du mineur<sup>256</sup>. Il est controversé de savoir si le refus du droit de visite constitue une violation de l'art. 219 CP ; le Conseil fédéral l'admet si le développement physique ou psychique de l'enfant devait être perturbé par un tel comportement<sup>257</sup>. Sous cette réserve, le droit pénal suisse ne permet pas de sanctionner le détenteur de l'autorité parentale ou le tuteur qui ne respecte pas le droit de visite de l'ayant droit. Or, pour satisfaire aux exigences de la jurisprudence strasbourgeoise, les injonctions faites au parent gardien de permettre l'exercice du droit de visite, le cas échéant sous menace des peines de l'art. 292 CP<sup>258</sup>, nous apparaissent insuffisantes, alors que le recours aux sanctions pénales reste de surcroît en pratique exceptionnel<sup>259</sup>. Une frilosité certaine entoure en effet la présente problématique ; l'idée reste largement ancrée qu'un droit de visite de qualité ne saurait être imposé par la contrainte<sup>260</sup>. Il est trop rapidement admis, à notre sens, que l'exécution forcée du droit de l'enfant contre la volonté du parent serait contraire à l'intérêt du mineur<sup>261</sup>.

Il n'est en conclusion pas certain que, sans une meilleure utilisation de l'art. 292 CP, soit une réelle mise à l'amende, d'un montant qui soit dissuasif, du parent qui a la garde de l'enfant et qui entrave le droit de visite, la jurisprudence de la CourEDH soit respectée. L'avant-projet de révision du Code pénal qui modifiait l'art. 220, en permettant que soit également

---

8.8.2011. Voir également : TF 5A\_483/2011 et 5A\_504/2011, 31.10.2011 ; TF 5A\_643/2011, 22.11.2011.

<sup>255</sup> BÜCHLER/WIRZ, N 8 ss *ad* art. 273 ; SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 16 *ad* art. 275. Pour des recherches de solution en cas de conflits aigus : GABAGLIO, p. 923 ss ; VOGEL STRÄSSLER, p. 47 ss.

<sup>256</sup> TF 6B\_539/2010 du 30 mai 2011 pour un cas de violation de l'art. 219 CP.

<sup>257</sup> Rapport du Conseil fédéral en marge de la révision du droit de l'autorité parentale, ch. 2.3 *cf.* [www.admin.ch/ch/f/jg/pc/documents/1661/Bericht.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/jg/pc/documents/1661/Bericht.pdf) consulté le 14 avril 2012. *Contra* : MEIER/STETTLER, note 1489 *in fine*.

<sup>258</sup> Les obligations à respecter doivent alors être décrites avec précision, *cf.* ATF 127 IV 119, c. 2a. *Cf. supra* note 250.

<sup>259</sup> MEIER/STETTLER, p. 448 s, N 769 et 453, note 970 *in fine*. Il s'agit surtout de poursuites fondées sur l'art. 220 CP relatif à l'enlèvement : TF 6B\_168/2007, 24.8.2007 ; ATF 128 IV 154, JT 2005 IV 165 ; ATF 125 IV 14, JT 2000 IV 29.

<sup>260</sup> MEIER/STETTLER, p. 399 s, N 690 et notes 1484, 1489 s. Très critique quant à l'absence de contrainte légale : BUCHER, p. 45 ss.

<sup>261</sup> Message CDE *in* FF 1994 V p. 34 s.

punissable celui qui refuse sans raison justifiée de confier un mineur au détenteur du droit de visite, était en phase avec les exigences de la CourEDH en la présente matière<sup>262</sup> ; le projet fait toutefois marche arrière et s'en tient au *statu quo*.

## V. Conclusion

L'idée selon laquelle le droit de la famille relèverait de la compétence exclusive des Etats doit être définitivement battue en brèche. Elle est en effet magistralement démentie par l'analyse de la jurisprudence de la CourEDH. Celle-ci témoigne du souci de faire protéger la vie familiale et son effectivité par les Etats, lesquels conservent toutefois en principe le choix des moyens à mettre en œuvre pour ce faire.

La CourEDH a pour mission d'interpréter de façon évolutive la Convention pour juger de la conformité des législations nationales à ce texte. Si ce travail d'interprétation est parfois limité par les divergences des droits internes et donc par l'absence de consensus, il n'en demeure pas moins qu'elle a accompli un travail considérable pour la reconnaissance des droits des enfants, en particulier par le biais du principe de l'égalité des filiations et la consécration de l'égalité parentale. Un droit supranational européen de la famille, auquel il convient d'apporter une attention suffisante, se profile.

Aujourd'hui, il peut être affirmé que toute forme de vie familiale, et à notre sens cette affirmation s'appliquera dans un avenir pas si lointain également aux couples homosexuels, est protégée de façon égale au plan de l'intégration de l'enfant, de la protection de son lien avec chacun de ses parents, ce qui implique le maintien de ce lien au-delà de la rupture du lien « conjugal », pris dans son sens le plus large<sup>263</sup>. La jurisprudence de la CourEDH permet également de conclure à une égalité de principe entre père et mère quant à la titularité des droits parentaux et à leur exercice effectif, nonobstant la séparation.

Le droit européen de la famille tel qu'il se dessine au travers des arrêts de la CourEDH est coordonné autour de principes forts et clairs : l'égalité des filiations et l'intérêt supérieur de l'enfant. Si un consensus en droit suisse quant à l'application de ces principes existe, leur mise en œuvre mérite quelque évolution, en particulier en matière d'établissement et de contestation du lien de filiation. L'égalité des effets du lien de filiation quel que soit son mode de création mérite également encore une oreille attentive.

---

<sup>262</sup> [www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1661/Vorlage\\_Code\\_civile.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1661/Vorlage_Code_civile.pdf) consulté le 14 avril 2012.

<sup>263</sup> Dans ce sens : GALLUS, p. 87.

## **Bibliographie :**

- AEBI-MÜLLER Regina, Persönlichkeitsschutz und Genetik : einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, *in* RSJB 144 (2008), n. 2, p. 82-125
- AEMISEGGER Heinz, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, *in* Jusletter du 20 juillet 2009
- A MARCA Jean-Christophe, *in* Code civil I, (Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX, éd.), Genève 2010 (A MARCA, CR-CC)
- AMSTUTZ Esther, Thomas GÄCHTER, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, *in* Jusletter du 31 janvier 2011
- AUBERT Jean-François, La Constitution fédérale et les unions d'homophiles, Avis de droit adressé à l'Office fédéral de la Justice, avril 1998 (AUBERT, Avis de droit)
- AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003
- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, volume I : l'Etat, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2006
- AZOUX BACRIE Laurence, Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait : une approche contestable, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 91-104
- BAUMANN Robert, Die Tragweite der Schubert-Praxis, *in* PJA 19 (2010), n. 8, p. 1009-1019
- BERGER Vincent, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 12<sup>e</sup> éd., Paris 2011
- BESSON Samantha, Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme, *in* Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme, (Franz WERRO éd.), Genève Zurich Bâle 2006, p. 1-45
- BIAGGINI Giovanni, BV : Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2007
- BIDERBOST Yvo, Findelkinder : Gedanken zum Thema aus juristischer Sicht : hier und dort angereichert durch die drei letztjährigen Fälle, insbesondere desjenigen im Zürcher Universitätsspital, *in* RDT 54 (1999), n. 2, p. 49-74

- BUCHER Andreas, Aspects internationaux du nouveau droit du divorce, *in* SJ 2001 II p. 25-64
- BÜCHLER Andrea, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, *in* FamPra.ch 6 (2005), n. 3, p. 437-470
- BÜCHLER Andrea, Annatina WIRZ, *in* Fam Kommentar Scheidung, Stämpfli 2011
- CONSEIL FEDERAL, Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre le droit international et le droit interne, du 5 mars 2010, FF 2010 2067-2144 <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2010/2067.pdf> consulté le 15 avril 2012 (CONSEIL FEDERAL, Rapport 2010)
- COPUR Eylem, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, thèse, Berne 2008 (COPUR, Kindeswohl)
- Homoparentalité, *in* Droits des gays et des lesbiennes en Suisse, (Andreas ZIEGLER *et al.*, éd.), Berne 2007, p. 283-307 (COPUR, Homoparentalité)
  - Die Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung, *in* PJA 20 (2011), n. 11, p. 1436-1444 (COPUR, Orientierung)
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, Conclusions, *in* Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric SUDRE éd.), Bruxelles 2002, p. 387-407
- DÖRR Bianka/MICHEL Margot, Beschränkte Zulassung der Präimplantationsdiagnostik : Aktuelle Entwicklungen in der Schweiz und in Deutschland, *in* Jusletter du 29 août 2011
- FANKHAUSER Roland/WÜSCHER Kathrin, Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes, *in* FamPra.ch 9 (2008), n. 4, p. 750-771
- FISCHER Cora, Suppression du lien de filiation en cas de mariage de complaisance, *in* Bulletin suisse des droits de l'enfant 15 (2009), n. 1, p. 12
- FOUNTOULAKIS Christiana, L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, *in* FamPra.ch 12 (2011), n. 2, p. 247-269
- GABAGLIO Franziska *et al.* (éditrices), Neue Wege für Hochkonfliktfamilien in Trennung und Scheidung, *in* RSJB 147 (2011), n. 11, p. 923-932
- GALLUS Nicole, La séparation du couple, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 55-87

- GOUTTENOIRE Adeline, La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Informations sociales 5/2008, n. 149, p. 40-51
- GRABENWARTER Christoph/PABEL Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention : ein Studienbuch, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2012
- GROSSEN Jean-Michel, Père de droit et père de fait : sur trois arrêts concernant la filiation paternelle de l'enfant adultérin non désavoué, *in* Famille et droit, mélanges offerts à Bernhard Schnyder à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire, Fribourg 1995, p. 315-323
- GRÜTTER Myriam/SUMMERMATTER Daniel, Das Partnerschaftsgesetz, *in* FamPra.ch 5 (2004), n. 3, p. 449-474
- GUGLIELMONI Mario/MAURI Lorenzo/TREZZINI Francesco, Besuchsrecht und Kinderzuteilung in der Scheidung : zur Aufgabe von Dogmen und zur Begehung neuer konstruktiver und evolutiver Wege, *in* PJA 8 (1999), n. 1, p. 45-59
- GUILLOD Olivier, *in* Code civil I, (Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX, éd.), Genève 2010 (GUILLOD, CR-CC)
- GUILLOD Olivier, Sabrina BURGAT, Les actions tendant à la destruction du lien de filiation, spécialement l'action en désaveu de paternité, *in* Quelques actions en annulation, Neuchâtel 2007, p. 1-49
- HANGARTNER Yvo, *in* Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar (Bernhard EHRENZELLER, Philippe MASTRONARDI, Rainer J. SCHWEIZER, Klaus A. VALLENDER, éd.), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2008 (HANGARTNER, BV-Kommentar)
- Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, *in* PJA 10 (2001), n. 3, p. 252-263 (HANGARTNER, Paare)
- HAUSER Jean, L'égalité des parents en cas de séparation, *in* Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric SUDRE éd.), Bruxelles 2002, p. 315-334
- HEGNAUER Cyril, Interesse des Kindes an der Anfechtung eines unwahren Kindesverhältnisses, *in* RDT 64 (2009) p. 377-379 (HEGNAUER, Interesse)
- Die Entstehung des Kindesverhältnisses : Art. 252-269c ZGB, *in* BK-Kommentar, (Heinz HAUSHEER *et al.*, éd.), Berne (HEGNAUER, BK-K)

- HERINGA Aalt Willem/ZWAAK Leo, *ad art. 8 ECHR, in Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Pieter VAN DIJK *et al.*, éd.), 4<sup>e</sup> éd., Antwerpen Oxford 2006
- HOCHL Karin, *Gleichheit - Verschiedenheit: die rechtliche Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz im Verhältnis zur Ehe*, St Gall 2002
- HOTTELIER Michel, *Constitution et famille(s)*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2008, vol. 24, p. 341-354 (HOTTELIER, *Constitution*)
- *Couples de concubins et adoption: une avancée jurisprudentielle originale*, in *Jusletter 6 octobre 2008* (HOTTELIER, *Jusletter 2008*)
- HOTTELIER Michel, Hanspeter MOCK, Michel PUECHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2<sup>e</sup> éd., Genève Zurich Bâle 2011
- JÄGGI Matthias, *EGMR-Entscheid Paulik v. Slovakia: Ein weiteres Urteil über die Abstammung*, in *Jusletter 25 juin 2007*
- KARPENSTEIN Ulrich/MAYER Franz, *EMRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*, Munich 2012
- KILKELLY Ursula, *The child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot 1999
- KUHN Mathias, *Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunschs*, Zurich 2008
- LEVINET Michel, *La définition de la vie familiale dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme*, (Franz WERRO éd.), Genève Zurich Bâle 2006, p. 53-80 (LEVINET, *Définition*)
- *Couple et vie familiale*, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, (Frédéric SUDRE éd.), Bruxelles 2002, p. 107-160 (LEVINET, *Couple*)
- MARGUENAUD Jean-Pierre, *La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 15-27

- MATSCHER Franz, *Wie sich die 1950 in der EMRK festgeschriebenen Menschenrechte weiterentwickelt haben*, in *Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat*, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zurich 2007, p. 437-455
- MEIER Philippe, *L'autorité parentale conjointe, L'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne - quels effets sur le droit suisse?* in *RMA 65* (2010), n. 3, p. 246-256 (MEIER, Zaunegger)
- *Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) mars à juin 2010*, in *RMA 65* (2010), n. 4, p. 292-311 (MEIER, Résumé mars à juin 2010)
  - *Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) juillet à octobre 2010*, in *RMA 65* (2010), n. 6, p. 445-461 (MEIER, Résumé juillet à octobre 2010)
  - *Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) novembre 2010 à février 2011*, in *RMA 66* (2011), n. 2, p. 116-136 (MEIER, Résumé novembre 2010 à février 2011)
  - *Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) mars à juin 2011*, in *RMA 66* (2011), n. 4, p. 288-311 (MEIER, Résumé mars à juin 2011)
  - *Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) juillet à octobre 2011*, in *RMA 66* (2011), n. 6, p. 471-492 (MEIER, Résumé juillet à octobre 2011)
- MEIER Philippe/CARANDO Laura, « Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse » ? in *Jusletter* 14 février 2011
- MEIER Philippe/STETTLER Martin, *Droit de la filiation*, 4<sup>e</sup> éd., Genève 2009
- MESSAGE sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant du 29 juin 1994, FF 1994 V p. 1 ss (Message CDE)
- MESSAGE relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 29 novembre 2002, FF 2003 I p. 1192 ss (Message LPart)
- MEYER-LADEWIG Jens, *Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Baden-Baden 2011
- MÜLLER Jörg Paul/SCHEFER Markus, *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2008
- MURAT Pierre, *Filiation et vie familiale*, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, (Frédéric SUDRE éd.), Bruxelles 2002, p. 161-208

- PAPAU VAN DELDEN Marie-Laure, *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, thèse, Genève 2002 (PAPAU VAN DELDEN, Osmose)
- Osmose des modèles familiaux et droits de la personne, *in* Les droits de l'homme au centre, (Samantha BESSON, Michel HOTTELIER, Franz WERRO, éd.), Genève 2006, p. 377-413 (PAPAU VAN DELDEN, Droits)
  - Mariages fictifs, *in* Jusletter 22 octobre 2007 (PAPAU VAN DELDEN, Jusletter 2007)
  - Le droit au mariage et à la famille : contours et implications en droit civil, *in* FamPra.ch 12 (2011), n. 2, p. 321-348 (PAPAU VAN DELDEN, Implications)
  - Le droit au mariage et à la famille : analyse critique des restrictions, *in* FamPra.ch 12 (2011), n. 3, p. 589-632 (PAPAU VAN DELDEN, Restrictions)
- PETITTI Christophe, *L'égalité entre époux*, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 29-46
- PIFFNER Brigitte/BOLLINGER Suzanne, *Ausweitung konventionsgeschützter Rechte durch den EGMR und Probleme der innerstaatlichen Umsetzung*, *in* Jusletter 21 novembre 2011
- PICHONNAZ Pascal, *Le partenariat enregistré : sa nature et ses effets*, *in* RDS 123 (2004), n. 1, p. 389-433
- RENCHON Jean-Louis, *Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme*, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 145-168
- REUSSER Ruth, *in* Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, (Bernhard EHRENZELLER, Philippe MASTRONARDI, Rainer J. SCHWEIZER, Klaus A. VALLENDER, éd.), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2008
- RIGAUX François, *Le droit de connaître ses origines*, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 105-111
- RÜTSCHKE Bernhard/WILDHABER Isabelle, *Verbote der Eispende und der Samenspende für In-Vitro-Fertilisation verletzen Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 8 EMRK*, *in* PJA 19 (2010), n. 6, p. 803-808

- SANDOZ Suzette, Adoption d'un majeur par une personne seule ou les « vagues » de l'affaire Emonet, *in* Private law : national, global, comparative : Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Berne 2011, p. 1485-1498
- SCHÖBI Felix, Stiefkindadoption und Konkubinatsverhältnis : Bemerkungen zum Urteil des EGMR vom 13. Dezember 2007 i.S. Emonet et al. gegen die Schweiz (3905/03), *in* Recht 26 (2008), n. 3, p. 99-108
- SCHÜRMAN Frank, Adoption im Konkubinatsverhältnis : zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Emonet u.a. gegen die Schweiz vom 13. Dezember 2007, *in* RSJB 144 (2008), n. 3, p. 262-267 (SCHÜRMAN, Adoption)
- Prozessbevollmächtigter der schweizerischen Regierung vor dem EGMR, Wichtige Schweizer Fälle in der neueren EGMR-Rechtsprechung, *in* La CEDH et la Suisse : exposés du séminaire du 5 juin 2009 à Berne, (Stephan BREITENMOSE et Bernhard EHRENZELLER., éd.), Saint Gall 2010, p. 107-123 (SCHÜRMAN, Regierung)
- SCHWEIGHAUSER Jonas, *in* Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, (Thomas GEISER *et al.*, éd.), Zurich 2007
- SCHWEIZER Rainer, Recht auf Ehe und Familie, *in* Handbuch der Grundrechte in Österreich, der Schweiz und in Liechtenstein, (Detlef MERTEN et Hans-Jürgen PAPIER, éd.), Heidelberg 2007, p. 327-349
- SCHWENZER Ingeborg, *in* Basler Kommentar, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2010 (SCHWENZER, BSK ZGB-I)
- *in* Fam Kommentar Eingetragene Partnerschaft, Berne 2007 (SCHWENZER, FamKomm PartG)
- SENAEVE Patrick, Le lien de filiation et les droits de l'homme, *in* Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation, actes du 2<sup>e</sup> Colloque de droit européen, 15-17 septembre 1997, Strasbourg 1999, p. 11-33
- SPRECHER Franziska, Die Stellung des Kindes in der EMRK, *in* 30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz : Erfahrungen und Perspektiven, Berne 2005, p. 289-308
- STAUB Liselotte, Kontaktwiderstände des Kindes nach der Trennung der Eltern : Ursache, Wirkung und Umgang, *in* RMA 65 (2010), n. 5, p. 349-362

- SUDRE Frédéric, La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric SUDRE éd.), Bruxelles 2002, p. 11-54 (SUDRE, Construction)
- Les « obligations positives » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, (Paul MAHONEY *et al.*, éd.), Cologne Berlin 2000, p. 1359-1376 (SUDRE, Obligations)
- TIGROUDJA Hélène, La discrimination entre enfants, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 127-141
- VAN DIJK Peter, *ad art. 12 ECHR*, *in* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (Pieter VAN DIJK *et al.*, éd.), 4<sup>e</sup> éd., Antwerp Oxford 2006
- VANWINCKELEN Koen, Die Entscheidung Fretté und das europäische Familienrecht: Der EuGHMR fällt aus seiner (Vorreiter-)Rolle, *in* FamPra.ch 4 (2003), n. 3, p. 574-587
- VASSEUR-LAMBRY Fanny, La famille et la Convention européenne des droits de l'homme, Paris 2000
- VOGEL STRÄSSLER Renate, Interdisziplinäre Zusammenarbeit im Umgang mit strittigen Besuchsrechts *in* RMA 65 (2010), n. 1, p. 47-53
- WILDHABER Luzius/BREITENMOSER Stephan, Kommentierung des Artikels 8, *in* Internationaler Kommentar zur EMRK, (Heribert GOLSONG *et al.*, éd.), 2<sup>e</sup> éd., Cologne Berlin 2002
- WITTINGER Michaela, « Europäisches Familienrecht » : Die familienrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in jüngerer Zeit - Altbekanntes und Neues, *in* FamPra.ch 10 (2009), n. 1, p. 84-111